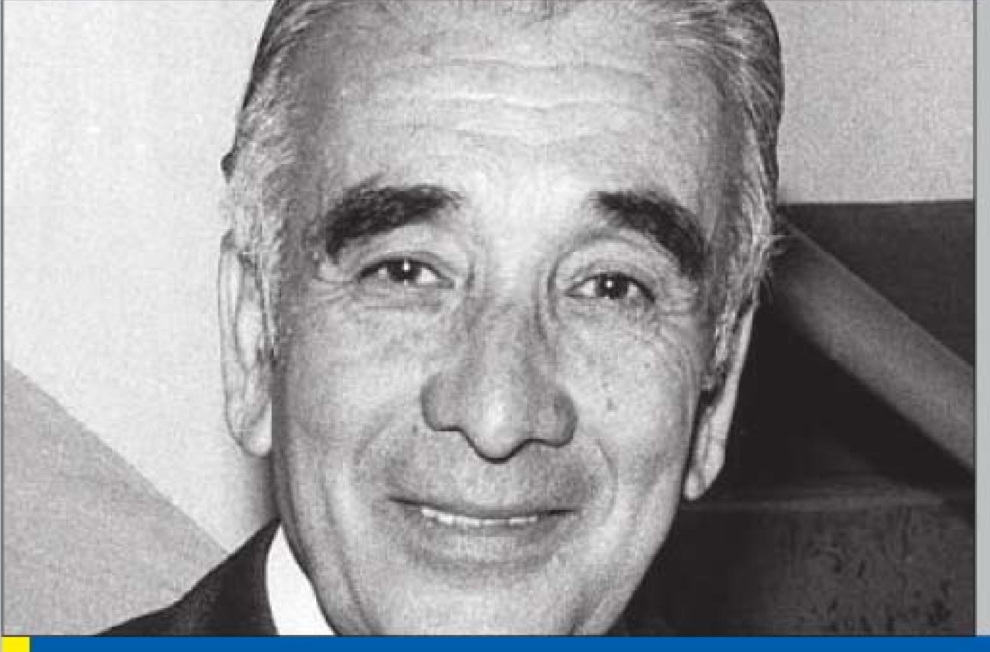
# El Derecho Internacional

en tiempos de globalización

tomo I



Coordinador: Carlos Eduardo Febres Fajardo

PUBLICACIONES
VICERRECTORADO ACADÉMICO

# El Derecho Internacional
en tiempos de globalización

*Libro homenaje a* Carlos Febres Pobeda

Colecci n Ciencias Sociales y Humanidades

Los trabajos publicados
en la Colección Ciencias Sociales
y Humanidades han sido
rigurosamente seleccionados
y arbitrados por especialistas
en las diferentes disciplinas.

COLECCIÓN
Ciencias Sociales
y Humanidades
Publicaciones
del Vicerrectorado
Académico

**El Derecho Internacional
en tiempos de globalización
Tomo I: El derecho
Internacional Privado**

Primera edición, 2005


• *Corrección:*
Marina Olivera
• *Concepto de colección y diseño:*
Kataliñ Alava
• *Fotografía de portada:*
Archivo *El Nacional*
• *Impresión:*
Editorial Venezolana C. A.

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY
Depósito Legal: LF237200534055.A
ISBN: 980-11-0927-0
ISBN: 980-11-0928-9



Universidad de Los Andes
Av. 3 Independencia
Edificio Central del Rectorado
Mérida, Venezuela
viceacad@ula.ve
http://viceacademico.ula.ve

Impreso en Venezuela
*Printed in Venezuela*

Primera edición digital 2011

Hecho el depósito de ley

Universidad de Los Andes
Av. 3 Independencia
Edificio Central del Rectorado
Mérida, Venezuela
publicacionesva@ula.ve
publicacionesva@gmail.com
www2.ula.ve/publicacionesacademico

Los trabajos publicados en esta Colección han sido rigurosamente seleccionados y arbitrados por especialistas en las diferentes disciplinas

# El Derecho Internacional
en tiempos de globalización

**Tomo I**

El Derecho Internacional Privado


Carlos Eduardo Febres Fajardo (*coordinador*)
Jorge Albornoz Oliver
Pedro Apolinar Rojas
Francisco Eudes Mujica B.



PUBLICACIONES
VICERRECTORADO ACADÉMICO

Este esfuerzo colectivo de creaci n intelectual sobre diversos temas de **Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado en homenaje al profesor Carlos Febres Pobeda,** recogen con seguridad c mulos de cari os, afectos, satisfacciones y agradecimientos, para con quien form generaciones de profesionales y docentes universitarios, y nos permiti creer con sus ense anzas y testimonios, en el derecho de la justicia, y en los valores trascendentes del hombre, como lo son su libertad, honradez y lealtad.

Este Libro Homenaje al Dr. Carlos Febres Pobeda es de una justicia indiscutible. Su vida se ha caracterizada por su inclinación al servicio público, en el más auténtico de los sentidos. Servidor público como político, como ambientalista, como intelectual y, desde luego, como académico y docente. Ha dejado huellas imperecederas en todos los caminos recorridos, maestro de incontables generaciones de abogados y preceptor fecundo en el campo del quehacer político y social.

En el ámbito universitario se desempeñó principalmente en las cátedras de Derecho Internacional Privado y de Medicina Legal, también de Sociología General y de Derecho Internacional Público, todas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes (Mérida, Venezuela). A la par, realizó cursos de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires y en la Complutense de Madrid y Medicina Legal en las Universidades de Bolonia y Roma. Todo ello lo dotó de una trayectoria densa y variada en el mundo académico.

Su labor intelectual ha sido reconocida internacionalmente. Es miembro de número de la Sociedad Bolivariana del Ecuador; profesor honorario de la Universidad de Quito; miembro honorario de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad de Madrid; miembro del Pan American Institute of Comparative Law, Coral Gables, Florida, USA; miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y miembro honorario y presidente de dos congresos del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Es, además, miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales

de Venezuela; individuo de n mero del Centro de Historia del Estado M - rida y miembro de la Academia de M rida.

En el campo del Derecho Internacional Privado ha contribuido con un significativo n mero de art culos, publicados en revistas nacionales y extranjeras, de monograf as, as  como de varios libros, algunos de los cuales han sido objeto de varias reediciones.

El intelectual homenajeado ha sido un escritor prolijo y denso. Posee una nutrida cantidad de publicaciones de otra  ndole, pues sus inquietudes intelectuales abarcan variadas  reas del pensamiento, desde asuntos ambientales y pol ticos, hasta de poes a, donde ha desarrollado una obra consistente;  es, pues, en pocas palabras, un intelectual y un educador insigne.

La decidida vocaci n acad mica, docente y jur dica del maestro Carlos Febres Pobeda, su especial inclinaci n por el Derecho Internacional Privado, a lo largo de su carrera profesoral, inspir  el contenido de este libro homenaje escrito por docentes e investigadores de obra consagrada en el pa s, por sus amigos del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI), y por disc pulos egresados de la Ilustre Universidad de Los Andes, quienes tambi n abrevaron de su sabidur a como profesor y como ciudadano de probidad y honradez a toda prueba.

Hoy, con la generosa colaboraci n de la Universidad de Los Andes, a la que le sirvi  por m s de cincuenta a os, como docente y autoridad, y en particular la del Vicerrector Acad mico, Dr. Humberto Ruiz, presentamos este testimonio perenne de agradecimiento para contribuir a que en el tiempo perdure la huella indeleble del hombre sencillo y justo que es Carlos Febres Pobeda.

El contenido tem tico de este libro se divide en dos grandes  reas: Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional P blico. En ambas  rea contamos con un conjunto de valiosos trabajos:

## Derecho Internacional Privado

*Introducción al estudio de la solución jurisdiccional de las controversias en la Comunidad Andina*, elaborado por el Dr. Mois s Troconis Villarreal, profesor de la Universidad de Los Andes (Venezuela), ex magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y actual Magistrado-Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo cual le da una autoridad especial para hablar del tema. En esta investigaci n se hace un importante y did ctico recorrido en todo lo que concierne a la creaci n, funcionamiento y mbito de competencia del Tribunal Andino de Justicia.

*La unificación del Derecho Comercial Internacional*, del Dr. Sixto S nchez Lorenzo, profesor de la Universidad de Granada (Espa a) y de las universidades de San Petersburgo (Rusia), de Angers (Paris II, Francia) y de La Habana, Cuba. All se estudia el alcance de la unificaci n internacional del Derecho Comercial Internacional, bajo la particular e interesante perspectiva del actual fen meno de la globalizaci n.

*La cooperación judicial internacional y el orden público en la jurisprudencia Argentina*, elaborado por la Dra. Amalia Uriondo de Martinoli, profesora de las universidades de C rdoba y Empresarial Siglo XXI (Argentina). Se da una mirada general sobre la cooperaci n entre los Estados respecto a la realizaci n y ejecuci n de ciertos actos procesales, los que normalmente, tienden a estar investidos de una r gida naturaleza territorial, destac ndose el car cter excepcional del orden p blico en esta materia.

*En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho Internacional Privado*, redactado por el Dr. Eugenio Hern ndez-Breton, acucioso investigador y escritor prolijo, profesor de las universidades Central de Venezuela, Cat lica Andr s Bello y Monte vila (Venezuela). Se analiza el importante y dif cil tema de las Calificaciones en Derecho Internacional Privado, analizando las distintas posturas doctrinales y el denso manejo normativo que existe a nivel internacional, resaltando la soluci n dada por la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998.

*El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del segundo centenario*, del Dr. Jos Carlos Fern ndez Rozas, catedr tico y Vicedecano de Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid (Espa a) y arbitro internacional en la CCI, CIADI y Corte Espa ola de Arbitraje. El texto expresa c mo el denominado Movimiento codificador va a incorporar una obsesi n por la sistem tica que traer consecuencias sin precedentes. El producto m s acabado de

este movimiento es el C digo Civil Franc s de 1804, usualmente denominado C digo Napole nico. En Am rica Latina, se convirti en el modelo m s significativo para las nacientes rep blicas, ya que era percibido como el sin nimo de certeza y plenitud. Su influencia no se vio afectada por la ca da del Imperio Napole nico.

*Consideraciones críticas sobre algunos temas de Derecho Internacional Privado*, del Dr. Jos Roberto Franco Da Fonseca, catedr tico de la Universidad Sao Paulo (Brasil) y de la Universidad Moderna de Lisboa (Portugal), miembro brasile o del colegio de rbitros de MERCOSUR, hace un an lisis general y te rico sobre algunos temas esenciales de Derecho Internacional Privado, a partir de presupuestos metodol gicos y iusfilos ficos. Remarca las diferencias entre las tradicionales reglas o normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas que solucionan de modo directo e inmediato el problema planteado. Se hace un desarrollo bajo la luz de la dogm tica jur dica, de la pol tica jur dica y desde el ngulo sociol gico hist rico-jur dico. En particular, se estudia la teor a del Reenv o, la teor a de la Cuesti n Previa y los valores propios de la regla de Derecho Internacional Privado.

*Aplicación Práctica de los Principios de UNIDROIT en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado*, de la Dra. Tatiana B. Maekelt, profesora de la Universidad Central de Venezuela, ex Subsecretaria de Asuntos Jur dicos de la OEA y miembro de n mero de la Academia de Ciencias Pol ticas y Sociales de Venezuela. En su contribuci n trabaja sobre la aplicaci n del *soft law* en el rea de la contrataci n internacional, haciendo nfasis en la *Lex Mercatoria* a la luz de los principios de UNIDROIT y desarrolla los antecedentes hist ricos del UNIDROIT y de sus principios y el mbito de aplicaci n de los mismos y sus funciones, con especial referencia al Derecho venezolano.

## Derecho Internacional Público

*Algunas consideraciones sobre la historia de las relaciones del Perú con la Santa Sede*, del Dr. Juan Jos  Ruda Santolaria, profesor de la Pontificia Universidad Cat lica del Per  nos introduce en la tem tica relativa a los aspectos b sicos sobre la personalidad jur dica internacional de la Iglesia Cat lica y la actuaci n de la Santa Sede a nombre de  sta, poniendo especial empe o en los inicios del siglo XIX y el reconocimiento de la independencia peruana.

*Hacia una nueva talasopolítica en el Atlántico Sur. El mar presencial Argentino, las islas atlánticas usurpadas por Gran Bretaña y un futuro mar presencial del MERCOSUR y de toda América*, escrita por el Dr Alfredo H. Rizzo Rom n, profesor de las universidades: Nacional de La Matanza (UNLM), Mor n, del Salvador y de la Pontificia Universidad Cat lica Argentina Santa Mar a de los Buenos Aires, miembro de n mero de la Academia *Argentina* de Asuntos Internacionales y de Medicina Forense, nos ilustra con un trabajo vinculado con una clara y leg tima aspiraci n y reivindicaci n para los pa ses latinoamericanos referida al reconocimiento de un futuro mar presencial no s lo del MERCOSUR sino de toda Am rica, asumiendo como fundamento el derecho de los estados al aprovechamiento de los recursos pesqueros.

*Sistema político institucional del MERCOSUR*, a cargo de la Dra. Adriana Dreyzin de Klor, profesora de la Universidad Nacional de C rdoba (Argentina), dedica su colaboraci n a explicarnos el complejo marco jur dico pol tico-institucional del MERCOSUR. Se hace un recuento de las negociaciones iniciales entre Argentina y Brasil y del Tratado de La Asunci n. Tambi n se hace una reflexi n pol tica-institucional sobre el proceso futuro y se analizan en detalle los instrumentos jur dicos iniciales y vigentes.

*El principio de distinción en el Derecho Internacional Humanitario de los combatientes y las personas civiles*, de la Dra. Hortensia D. T. Guti rrez Posse, catedr tica de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), desarrolla su aporte jur dico en un tema nunca agotado, como es el de los conflictos armados, sus l mites, el prop sito fundamental del Derecho Internacional Humanitario, la protecci n de las v ctimas, la raz n de ser de la vigencia de esos principios y normas, hoy m s que nunca, frente a la que pareciera ser la fatalidad de los conflictos armados que han enfrentado a las naciones.

*Acción e inacción del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*, elaborado por el Dr. Valent n Bou Franch, profesor de la Universidad de Valencia (Espa a), nos plantea una serie de reflexiones y cr ticas al sistema de Naciones Unidas, a sus principios y normas en relaci n al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

*La protección del medio ambiente en el MERCOSUR. Realizaciones y problemas pendientes*, del Dr. Ernesto J. Rey Caro, profesor de la Universidad de C rdoba (Argentina), nos introduce en la normativa que en materia de protecci n de medio ambiente han adoptado los Estados partes del MERCOSUR. El trabajo contiene comentarios en relaci n a previsiones en materia de emergencias ambientales y se reflexiona acerca de la lentitud con la que los  rganos legislativos ponen en vigor los instrumentos adoptados.

*Principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución*, de la Dra Zlata Drnas de Clement, catedr tica de la Universidad Nacional de C rdoba (Argentina), desarrolla los principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa, haciendo particular  nfasis en el principio de la Precauci n, el que seg n su afirmaci n se torna cada vez m s necesario frente a la vulnerabilidad del ambiente.

*A doctrina Bush das guerras preventivas e o sistema das Naçôes Unidas*, del Dr. Fredys Orlando Sorto, profesor de la Universidad Federal de Para ba (Brasil), reflexiona y plantea cr ticas a la denominada Doctrina Bush, sobre la guerra preventiva y contrasta c mo se vulneran los principios y normas de la Carta de las Naciones Unidas cuando unilateralmente se emplea la fuerza b lica en las relaciones internacionales.

*La protección del medio ambiente en el ámbito internacional*, del Dr. Jos  Juste Ruiz, catedr tico de la Universidad de Valencia (Espa a), nos aporta sus valiosos conocimientos sobre la tem tica ambiental y la protecci n del ambiente en el  mbito internacional; temas por dem s de palpitante actualidad, dados los desequilibrios que sufre el planeta. Tambi n, se desarrolla la evoluci n hist rica de ese largo proceso dirigido a normar jur dicamente la protecci n del medio ambiente.

*La doctrina del Derecho Internacional en América Latina antes de la primera conferencia Panamericana (Washington, 1889)*, del Dr. H ctor Gros Espiell, profesor de la Universidad de Montevideo (Uruguay) y Ex Magis-

trado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un tema que nunca dejar  de tener actualidad como lo es el proceso de construcci n doctrinaria del Derecho Internacional en Am rica Latina, con su significativo legado al Derecho Internacional Universal. Se analizan los aportes de los internacionalistas latinoamericanos en esta construcci n y su singularidad.

*Nuevo enfoque de las relaciones colombo-venezolanas. Perspectivas a la solución del diferendo marítimo en el marco del Derecho Internacional y el contexto global de negociación*, de los profesores Francisco Eudes Mujica B. y Pedro O. Apolinar Rojas, de la Universidad de Los Andes (Venezuela), es un tema vinculado con el nuevo enfoque en la relaciones colombo-venezolanas en el marco del Derecho Internacional y el llamado contexto global de negociaci n, tem tica  sta, que enfocan a lo largo de los  ltimos cuarenta a os, desde finales de la d cada de los 60 del pasado siglo hasta los primeros cinco a os del presente, haciendo especial menci n, a la amplia y compleja agenda bilateral entre ambos pa ses.

*Reflexiones en torno a los "espacios geográficos" consagrados en Constitución venezolana de 1999*, del Dr. Adolfo P. Salgueiro, profesor de la Universidad Cat lica Andr s Bello (Venezuela), nos ofrece sus reflexiones en torno a los espacios geogr ficos consagrados en la nueva Constituci n venezolana de 1999, el contenido de su aporte se concreta a hacer un exhaustivo an lisis de las disposiciones constitucionales de los art culos 10 y 11 los cuales incluyeron algunas modificaciones con respecto a la constituci n de 1961.Estas modificaciones tienen como prop sito ampliar los espacios soberanos de la Rep blica, pero no se debe olvidar la colaboraci n de todos los pa ses para preservar la paz.

*Pueden Las Cortes Internacionales "Crear" Derecho? Dos Casos Puntuales*, del Dr. Rafael Nieto Navia, Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos presenta con el examen de dos casos puntuales, c mo, dos tribunales internacionales han excedido las atribuciones que los Estados directa o indirectamente les confirieron; no siendo casos excepcionales, ya que se pueden hallar otros ejemplos similares. Cuestiona el autor la tendencia y el riesgo que se corre si decisiones no vinculantes de naturaleza pol tica, pretenden convertirse en Derecho, sin raz n o fundamento alguno.

*La reclamación sobre el territorio Esequibo y la Plataforma Deltana*, de la Dra. Isabel Bacalao R mer, ex-profesora de la Universidad Central de Venezuela y ex-asesora de los Ministerios del Ambiente y Relaciones Exteriores de Venezuela, plantea las implicaciones geopol ticas de la pre-

sencia de enormes cantidades de recursos de hidrocarburos y gas feros existentes en el rea de estudio, que al ser otorgadas concesiones por Venezuela en el sector deltano y por Guyana en el territorio Esequibo, ha vuelto a poner en la actualidad y vigencia la reclamaci n Venezolana sobre dicho territorio y lo que eventualmente pudiese ser una soluci n pr ctica a la controversia.

*Derecho y ética ambiental y laboral en la era de la mundialización*, del Dr. Francisco Iturraspe, profesor de la Universidad Central de Venezuela. Analiza los derechos de tercera generaci n que exigen una acci n de la comunidad internacional, tanto en el plano de la normativa como de la militancia de los movimientos sociales. La base de una pol tica nacional coherente en materia ambiental y laboral exige asignarles a los actores colectivos, en especial a las organizaciones de los empleadores y trabajadores y a los nuevos movimientos sociales, un papel primordial en el dise o, en la elecci n de las prioridades, en la ejecuci n y evaluaci n de esa pol tica. Esta es la base del desarrollo de un Derecho Ambiental Laboral capaz de contribuir al respeto por el equilibrio ecol gico y humano, a la reconciliaci n entre naturaleza y desarrollo, al mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y a la conformaci n de un modelo democr tico de relaciones de trabajo y de gesti n.

*El concepto de "minoría religiosa" en el ordenamiento jurídico Español*, del Dr. Carlos Jim nez Piernas, catedr tico y Director del Master sobre Protecci n de los Derechos Humanos y del profesor Bj rn Arp, ambos de la Universidad de Alcal (Madrid-Espa a). Estos autores desarrollan un tema siempre controversial en cualquier sociedad moderna, el referido al tratamiento de las minor as religiosas, espec ficamente en el ordenamiento jur dico espa ol. Antes de introducirse en lo sustantivo del tema, hacen una relaci n de las fases por las que el principio de libertad religiosa ha pasado en el ordenamiento jur dico espa ol, hasta su definitiva y m s amplia consagraci n en la Constituci n de 1978. Por ltimo, proponen de *lege ferenda* una definici n de minor a religiosa , la cual es v lida para el ordenamiento jur dico espa ol, pero inspirada en los principios del Derecho Internacional, los cuales, se deja bien claro, son respetados por el Derecho espa ol.

La variedad de los temas tratados reitera la actualidad del Derecho Internacional. En esta poca de globalizaci n la exigencia de una formalizaci n de las reglas y acuerdos es imprescindible para el ejercicio p blico y privado de los derechos. Todos los Trabajos que conforman este

libro homenaje fueron colaboraciones expresamente entregadas por sus autores como contribuci n al homenaje que internacionalistas de diversos pa ses conjugaron su actividad intelectual para brindar un homenaje al Maestro Carlos Febres Pobeda.

En manos de los profesores de Derecho Internacional P blico y Privado, de los estudiantes de estas asignaturas, de las diversas universidades donde dictan c tedra los autores de este libro y de los profesionales del Derecho, de las relaciones internacionales y de la econom a internacional, dejamos la evaluaci n de los aportes y significado de esta obra colectiva.

Jorge Albornoz Oliver
Pedro Apolinar Rojas
Francisco Eudes Mujica B.
Mérida, mayo de 2005

# Derecho Internacional Privado

Moisés Troconis Villarreal

Sixto Sánchez Lorenzo

Amalia Uriondo de Martinoli

Eugenio Hernández-Bretón

José Carlos Fernández Rozas

José Roberto Franco Da Fonseca

Tatiana B. Maekelt

# Derecho Internacional Privado

## Introducción al estudio de la solución jurisdiccional de las controversias en la Comunidad Andina

Moisés Troconis Villarreal

### 1 | Los inicios

**1.** El Acuerdo de Integración Subregional, denominado oficialmente Acuerdo de Cartagena, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969, y en vigencia, para Colombia, Chile y Perú, desde el 16 de octubre del mismo año, establecía que, de suscitarse discrepancias en la interpretación o en la ejecución del Acuerdo, o de las Decisiones de la Comisión, correspondía a ésta llevar a cabo los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación que fueren necesarios; y que, de no resolverse por estas vías la discrepancia, los Países Miembros debían sujetarse a los procedimientos previstos en el “Protocolo para la Solución de Controversias”, suscrito en Asunción, Paraguay, el 2 de septiembre de 1967 (artículo 23).

**2.** La Comisión, órgano máximo del Acuerdo, en el Reglamento que aprobara en su Primer Período de Sesiones Ordinarias, del 21 al 25 de octubre de 1969, a través de la Decisión Nº 6,[1] precisa que los países afectados por la discrepancia debían buscar su solución a través de negociaciones directas. De no alcanzarse la solución, o de ser ésta parcial, la Comisión debía interponer sus buenos oficios. De ser insuficientes los buenos oficios, debía ejercer su mediación y proponer fórmulas de avenimiento.

---

[1] Junta del Acuerdo de Cartagena, *Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena*. Decisiones 1-90, tomo 1, Lima, Editorial Universo, 1982, pp. 14-15.

De ser infructuosa la mediaci n, deb a designar un comit  de conciliaci n para investigar los hechos, escuchar a las partes y emitir un Informe con propuestas de soluci n. Y de fracasar la conciliaci n, los pa ses en conflicto deb an recurrir al procedimiento de arbitraje obligatorio previsto en el citado  Protocolo para la Soluci n de Controversias , suscrito el 2 de septiembre de 1967, y pendiente para entonces de ratificaci n.

**3.** El Acuerdo preve a, entre los mecanismos para alcanzar sus objetivos de integraci n econ mica y desarrollo, el establecimiento de un Programa de Liberaci n y la fijaci n de un Arancel Externo Com n, cuya etapa previa ser a la adopci n de un Arancel Externo M nimo Com n (art culo 3, literales c y d). El Programa de Liberaci n, autom tico e irrevocable, pretend a la eliminaci n de los grav menes y de las restricciones de todo orden que incidieran sobre la importaci n de la universalidad de los productos originarios del territorio de cualquier Pa s Miembro (art culos 41 y 45). Las restricciones deb an haber sido eliminadas, salvo excepciones, a m s tardar el 31 de diciembre de 1970 (art culo 46). Y la desgravaci n arancelaria deb a alcanzarse, en su totalidad y salvo excepciones, a m s tardar el 31 de diciembre de 1983 (art culo 45). Adem s, los Pa ses Miembros se compromet an a poner en aplicaci n un Arancel Externo Com n, a m s tardar el 31 de diciembre de 1983.

**4.** Sin embargo, la pr ctica revel  la falta de cumplimiento, por parte de los Pa ses Miembros, de las obligaciones derivadas del Programa de Liberaci n y del Arancel Externo M nimo Com n, o del Arancel Externo Com n. Seg n el exMagistrado Fernando Uribe Restrepo[2]  en los inicios del proceso, un explicable af n de acelerar la integraci n al m ximo, un exceso de optimismo en relaci n con las posibilidades reales y, sobre todo, el imprevisto y dram tico deterioro en las condiciones econ micas de la sub-regi n en la d cada de los 70, hicieron que los compromisos iniciales —especialmente en cuanto al se alamiento de plazos para las distintas etapas de la integraci n— resultaran de imposible cumplimiento [ ] Los compromisos integracionistas, en virtud de las especiales circunstancias, carecieron as  desde un principio de firmeza, consistencia y estabili-

[2] Uribe Restrepo, Fernando, *El Tribunal Andino y la Solución de Controversias"*, en *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria 1992*, Quito, Imprese al, 1993, p. 235.

dad. Tanto es as  que las mismas obligaciones b sicas concretas, pactadas en el Acuerdo de Cartagena, han debido ser modificadas a lo largo del proceso por una serie de Protocolos . En efecto, los Protocolos suscritos en Lima (1976) y Arequipa (1978) tuvieron por objetivo b sico la ampliaci n, en general, de los plazos de cumplimiento de los compromisos iniciales.

**5.** Los incumplimientos, calificados como sistem ticos y recurrentes por Uribe Restrepo[3], dieron lugar a controversias que deb an ser tratadas y resueltas a trav s de la serie de procedimientos previstos en el Acuerdo. A su juicio, ...estos sistemas indirectos y condicionados [se refiere a los procedimientos de negociaci n, buenos oficios, mediaci n, conciliaci n y arbitraje], utilizados por el Derecho Internacional en sus primeras etapas, no resultaban adecuados (por insuficientes) a las inusitadas exigencias y complejidades de un compromiso internacional tan serio y profundo como el de la integraci n de pa ses en desarrollo [4]. A prop sito de los procedimientos de conciliaci n y arbitraje, el ex-Magistrado Hugo Poppe[5] sostiene que se revelaron inoperantes por ineficientes. Poppe explica que el mecanismo de soluci n de controversias no se acomod  a las necesidades del control de legalidad en un proceso de integraci n; que el ordenamiento omit a indebidamente el control de los actos de la Comisi n y de la Junta; que fue un error ligar la integraci n andina a los procedimientos de la ALALC; que el Acuerdo debi  haber instituido, desde el origen, un sistema judicial propio y aut nomo[6]; que la falta de la funci n judicial contribuy  ...a la impunidad con que los Estados Miembros se habituaron a las pr cticas del incumplimiento... [7]; y que, ...en el camino hasta entonces recorrido... , se lleg  al convencimiento de que ...era imposible edificar una comunidad de Derecho, como es la integraci n subregional, sin un  rgano jurisdiccional ajustado a su espec fica realidad, que

---

[3] *Ídem*. p. 235.

[4] Uribe Restrepo, Fernando, *"El Tribunal Andino de Justicia"*, en *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria de 1989,* Quito, 1990, p. 66.

[5] Poppe, Hugo, *"Las dos etapas de la función jurisdiccional en el Pacto Andino"*, en Informe *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Labores 1986*, Quito, Imprese al, 1987, p. 48.

[6] *Ídem*. p. 49.

[7] *Ídem.* pp. 48-49.

garantice, de modo efectivo, el respeto al ordenamiento jur dico [8]. En otro texto, Poppe sostiene que, al evaluarse la significaci n del rgano jurisdiccional del Acuerdo, deber n tenerse en cuenta los centenares de incumplimientos acumulados con anterioridad a 1984, que precisamente se deben al hecho de haber carecido el Acuerdo de la funci n judicial ante la cual hubieran podido acudir oportunamente los Pa ses Miembros para exigir el respeto y el restablecimiento del ordenamiento jur dico .[9]

**6.** Tal estado de cosas condujo a que, en su Sexto Per odo Extraordinario de Sesiones, celebrado entre el 8 y el 18 de diciembre de 1971, la Comisi n dejara constancia de la necesidad de crear un rgano jurisdiccional para dirimir las controversias que suscitase la aplicaci n del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones y las Resoluciones, y recomendara que la Junta, rgano t cnico del Acuerdo, realizara los estudios necesarios para disponer de los elementos de juicio que permitieran formular recomendaciones a los Gobiernos sobre la creaci n del rgano jurisdiccional del Acuerdo. En efecto, Uribe Restrepo informa que, a solicitud de la Junta, el Instituto para la Integraci n de Am rica Latina —INTAL— hizo una serie de investigaciones sobre la soluci n de conflictos, el control de la legalidad y la interpretaci n uniforme del Derecho en las Comunidades Europeas, la ALALC, el Mercado Com n Centroamericano y el GATT, y luego elabor una serie de trabajos sobre la soluci n de controversias en esquemas de integraci n y cooperaci n.[10]

**7.** Sobre la base de estos estudios, la Junta del Acuerdo present un primer Informe, en diciembre de 1972, en el cual propuso confiar el control de la legalidad a un Tribunal de Justicia subregional ...al que se deben atribuir competencias de anulaci n de las Decisiones de la Comisi n y Resoluciones de la Junta que violen el orden jur dico del Acuerdo; de constataci n y sanci n del incumplimiento de la estructura jur dica del Acuerdo por parte de los Pa ses Miembros y, finalmente, la competencia de interpretar, en la v a prejudicial las normas derivadas de la estructura jur dica del Acuerdo[11].

---

[8] *Ídem.* p. 49.

[9] *Ídem*. p. 124.

[10] Uribe Restrepo, El Tribunal Andino y la Soluci n *Op. cit.*, p. 233.

[11] Junta del Acuerdo de Catagena. *Documento J/AJ/29*, 5 de diciembre de 1972.

**8.** En 1974, la Junta present  un proyecto de Tratado de Creaci n del Tribunal. Dos a os despu s, el 30 de octubre de 1976, fue suscrito el Protocolo de Lima, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisi n 117), cuyo objetivo principal fue la ampliaci n de los plazos establecidos para el cumplimiento del Programa de Liberaci n y para la puesta en aplicaci n del Arancel Externo Com n. A partir de junio de 1977, la Junta convoc  a expertos gubernamentales y a representantes plenipotenciarios para la negociaci n del Tratado del Tribunal. Un a o despu s, el 21 de abril de 1978, fue suscrito el Protocolo de Arequipa, tambi n modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisi n 147), cuyo objetivo principal fue la ampliaci n, en unos casos, y la reducci n, en otros, de los plazos previstos en el Acuerdo y en el Protocolo de Lima, en materia de Programa de Liberaci n y de Arancel Externo Com n. El 8 de agosto de 1978, los Presidentes se reunieron en Bogot  y declararon  la impostergable necesidad de disponer de un  rgano Jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisi n y de la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Miembros e interprete los principios que conforman la estructura jur dica del Acuerdo , instruyendo que el estudio de la materia deb a concluir con la suscripci n, al a o siguiente,  del Tratado para la creaci n del Tribunal Andino de Justicia .[12] En abril de 1979, los representantes de los Estados Miembros presentaron el Informe Final sobre el proyecto de Tratado.

## II | El Tratado

**9.** El 28 de mayo de 1979, los plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Per  y Venezuela suscribieron en Cartagena de Indias, Colombia, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En esa ocasi n, los Presidentes recomendaron  ...la urgencia de la entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que es una demostraci n del alto nivel de madurez y estabilidad que adquieren las instituciones del Sistema Andino y constituye la primera experiencia latinoamericana que dota al Derecho de Integraci n de una

---

[12] Pico Mantilla, Galo, *Documentos básicos de la integración andina*. 2» ed. Quito, Congreso Nacional, 1984, p. 245.

instancia jurisdiccional e interpretativa [...] Con la creaci n de la funci n jurisdiccional, el Acuerdo de Cartagena alcanza plenitud institucional, reafirma su personalidad jur dica internacional, su propia autonom a y la permanencia de sus objetivos,  rganos y mecanismos .[13]

10. Suscrito el Tratado, los Estados Miembros procedieron a su aprobaci n y ratificaci n. Sin embargo, el instrumento de ratificaci n de Venezuela no fue depositado en la Secretar a de la Comisi n sino hasta el 19 de mayo de 1983, por lo que, de conformidad con el art culo 37 del Tratado,  ste entr  en vigencia en esa fecha. Por otra parte, la Comisi n aprob , en fecha 19 de agosto de 1983, con fundamento en la competencia prevista en el art culo 14 del Tratado, el Estatuto destinado a disciplinar el funcionamiento del Tribunal y los procedimientos judiciales a seguirse ante  l. Luego, las gestiones del Gobierno del Ecuador hicieron posible que el Tribunal, cuya sede es la ciudad de Quito, se instalase e iniciase su funcionamiento el d a 5 de enero de 1984. Finalmente, el propio  rgano jurisdiccional, sobre la base de la competencia prevista en el art culo 14 del Tratado, dict  su Reglamento Interno el 15 de marzo de 1984, cuyo objeto fue desarrollar las disposiciones del Estatuto.

11. En el pre mbulo del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, los Gobiernos reconocen que ...es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo... , y que ...la estabilidad del Acuerdo y de los derechos y obligaciones que de  l se derivan deben ser salvaguardados por un  rgano jurisdiccional del m s alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Pa ses Miembros y de los otros  rganos del Acuerdo con capacidad de declarar el Derecho Comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente .

12. En efecto, el Tratado crea el Tribunal como  rgano principal del Acuerdo (art culo 6), integrado por cinco Magistrados que gozan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones (art culo 7), y le atribuye competencia exclusiva para conocer de las controversias que surjan con motivo de la aplicaci n del ordenamiento jur dico del Acuerdo, pro-

[13] *Ídem*. p. 257.

hibiendo expresamente a los Pa ses Miembros someter tales controversias a tribunales, sistemas de arbitraje o procedimientos distintos de los contemplados en el Tratado (art culo 33).

**13.** En lo que concierne a los mecanismos de soluci n de las controversias previstos en el art culo 23 del Acuerdo, y que inclu an la sujeci n de los Pa ses Miembros al procedimiento de arbitraje obligatorio previsto en el Protocolo para la Soluci n de las Controversias , suscrito en Asunci n el 2 de septiembre de 1967, el Tratado limita su uso a las controversias que surjan entre uno de los Pa ses Miembros y otra parte contratante del Tratado de Montevideo que no sea miembro del Acuerdo (art culo 33).

**14.** El Tribunal del Acuerdo tiene car cter permanente y el Tratado que lo crea le atribuye las siguientes competencias:

¥ En primer lugar, la de declarar la nulidad de las decisiones de la Comisi n y de las Resoluciones de la Junta dictadas con violaci n de las normas que integran el ordenamiento jur dico del Acuerdo, incluso por desviaci n de poder, cuando tales decisiones y resoluciones sean impugnadas por cualquiera de los Pa ses Miembros, la Comisi n, la Junta o las personas naturales o jur dicas a quienes aqu llas les resulten aplicables y les causen perjuicio (art culos 17 y 19).

¥ En segundo lugar, la de declarar el incumplimiento, por parte de los Pa ses Miembros, de las obligaciones emanadas de las normas que integran el ordenamiento jur dico del Acuerdo. El ejercicio de la acci n ante el Tribunal presupone el desarrollo de un procedimiento ante la Junta que, impulsado por sta o por el reclamo de un Pa s Miembro, conduce a la emisi n de un dictamen motivado. Si el procedimiento ha sido impulsado por la Junta, el dictamen ha sido de incumplimiento y el Pa s Miembro persiste en la conducta que ha sido objeto de observaciones, aqu lla podr solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Y si el procedimiento ha sido impulsado por el reclamo de uno de los Pa ses Miembros, el dictamen ha sido de incumplimiento y el Pa s Miembro persiste en la conducta objeto del reclamo, la Junta deber solicitar el pronunciamiento del Tribunal. En su defecto, el Pa s reclamante podr obrar *motu proprio* ante el Tribunal (art culos 23 y 24). Si la sentencia declara el incumplimiento, el Pa s Miembro queda obligado a adoptar las medidas necesarias para su ejecuci n dentro de los tres meses siguientes a su notificaci n. De no cumplirse esta

obligaci n, el Tribunal, luego de un procedimiento sumario, determinar  los l mites dentro de los cuales los dem s Pa ses Miembros podr n restringir o suspender las ventajas del Acuerdo que beneficien al Pa s Miembro remiso (art culo 25). La sentencia ser  revisable por el Tribunal, a petici n de parte, si el recurso se funda en un hecho que, desconocido por el recurrente para la fecha de expedici n de aqu lla, hubiese podido influir decisivamente en el resultado del proceso (art culo 26).

El Tratado precisa que, para su cumplimiento, las sentencias del Tribunal no requieren de homologaci n o de exequ tur en ninguno de los Pa ses Miembros (art culo 32).

En cuanto a las personas naturales o jur dicas que resulten afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un Pa s Miembro, el Tratado se limita inicialmente a atribuirles el poder de obrar al efecto ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con el respectivo Derecho Interno (art culo 27).

¥ En tercer lugar, el Tribunal tiene atribuida competencia para interpretar las normas que integran el ordenamiento jur dico del Acuerdo, con el fin de asegurar su aplicaci n uniforme en el territorio de los Pa ses Miembros (art culo 28). Del citado ordenamiento formaban parte entonces el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales, el Tratado de Creaci n del Tribunal, las decisiones de la Comisi n y las resoluciones de la Junta (art culo 1). La solicitud de interpretaci n ha de provenir de un Juez nacional que conozca de un proceso en que deba aplicarse el ordenamiento del Acuerdo, y ser  facultativa u obligatoria seg n que la sentencia a dictar sea susceptible o no de recursos en el Derecho Interno (art culo 29). En todo caso, el Juez nacional deber  adoptar la interpretaci n del Tribunal (art culo 31).

Por otra parte, cabe poner de relieve que es en el Tratado que crea el Tribunal donde se establece la aplicabilidad directa de las decisiones de la Comisi n, salvo que su texto disponga su incorporaci n al Derecho Interno, (art culo 3) y de las Resoluciones de la Junta (art culo 4).

15. Puesto en vigencia el Tratado e iniciado el funcionamiento del Tribunal, la primera demanda fue introducida por un particular el 24 de enero de 1984, pero no fue admitida por falta de competencia del  rgano jurisdiccional. A ella siguieron otras tres, formuladas tambi n por particulares, y no admitidas por falta de regularizaci n. La quinta y la sexta no fueron admitidas por tratarse de acciones de incumplimiento entre particu-

lares. La primera demanda de nulidad fue introducida el 22 de marzo de 1985, y lo fue contra una de las Resoluciones de la Junta. Y la primera providencia de interpretaci n prejudicial fue dictada el 3 de diciembre de 1987.[14]

## III | La reforma del tratado

**16.** En cambio, a pesar de las denuncias contra los Pa ses Miembros, no consta que la Junta hubiese emitido entonces dictamen alguno de incumplimiento. Tampoco consta que, en defecto de la Junta, los pa ses lo hubiesen demandado ante el Tribunal. Por su parte, las personas naturales y jur dicas, principales afectadas en sus derechos, carec an de legitimaci n para ejercer directamente, en defecto de aqu lla, la acci n por incumplimiento, y el Tribunal carec a de competencia para conocer a su respecto.[15] [16]

**17.** Estas circunstancias, entre otras, concurrieron para que el Tribunal, al a o siguiente de su puesta en funcionamiento, promoviera la reforma del Tratado. El Parlamento Andino acogi  la iniciativa y, en su V Per odo de Sesiones Ordinarias, celebrado entre el 11 y el 16 de diciembre de 1985, recomend  la reforma a los Pa ses Miembros, con el objeto de ampliar las esferas de competencia del Tribunal del Acuerdo, vista la necesidad de ...ampliar y reforzar el control jurisdiccional del proceso de inte-

[14] Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. 1984-1988.* Vol I, Buenos Aires, BID-INTAL, 1994, pp. 1—124.

[15] Poppe, Hugo, op. cit., pp. 53-54.

[16] Por ello, cuando el Tribunal dict  la primera sentencia de nitiva de incumplimiento, apenas el 30 de octubre de 1996, destac , visto que ni la Junta ni los pa ses miembros hab an ejercido acci n alguna de incumplimiento hasta entonces, que en tales circunstancias ...no pod a hablarse de que funcionara una tutela e caz de defensa de los leg timos intereses comunitarios ni un control sobre el cumplimiento de las obligaciones y derechos derivados del proceso de integraci n para quienes, como los pa ses y los particulares mismos, constituyen los principales protagonistas de la integraci n... . Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 1-AI-96. Gaceta O cial del Acuerdo de Cartagena N¡ 234 del 21 de noviembre de 1996.

graci n subregional, ya que en parte su actual crisis es debida al incumplimiento de las ordenaciones del Acuerdo .[17]

18. El Tribunal, por su parte, en febrero de 1986, present  un Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado, del cual formaron parte las siguientes propuestas: 1- Una acci n popular de nulidad, accesible a cualquier persona, contra las decisiones de la Comisi n y las Resoluciones de la Junta, cuando tengan alcance general. 2- Acci n de nulidad contra las mismas normas, cuando son de alcance particular, en cabeza de quien demuestre tener leg timo inter s. 3- Acci n de incumplimiento en cabeza de los particulares, en contra de un Pa s Miembro, previa una instancia administrativa ante la Junta. 4- Acci n de los particulares por da os y perjuicios provenientes del mal funcionamiento de servicios p blicos comunitarios, o causados por los funcionarios de la integraci n. 5- Facultar a las partes, en los procesos en los cuales se suscite la cuesti n prejudicial, para acudir directamente ante el Tribunal. 6- Facultar al Tribunal para servir de  rbitro entre los organismos del Acuerdo y entre particulares, en controversias relacionadas con el Derecho Comunitario. 7- Ampliar la acci n de incumplimiento a las omisiones en que incurran los organismos del Acuerdo (acci n por inactividad). 8- Competencia para declarar la compatibilidad, en un caso dado, entre el Derecho Interno de un Pa s Miembro y el Derecho Comunitario. 9- Convertir en obligatoria para la Junta la facultad que hoy tiene para iniciar la acci n de incumplimiento contra un Pa s Miembro. 10- Competencia para conocer de controversias surgidas de contratos celebrados por los Pa ses Miembros o por los  rganos comunitarios, en ejecuci n de normas del ordenamiento jur dico del Acuerdo. El Tribunal present  un proyecto de articulado y un proyecto de texto final unificado, incluyendo las anteriores reformas .[18]

---

[17] *Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena,* 1986, en Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. *Memoria 1991,* Quito, 1993, p. 193.

[18] *Informe sobre la situación actual del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena enviado a los representantes de los Países Miembros y a los órganos comunitarios por el Presidente del Tribunal,* en Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. *Memoria de 1989,* Quito, 1990, p. 102.

**19.** En el mbito espec fico de los incumplimientos de los Pa ses Miembros, las propuestas estaban dirigidas, en lo principal, a la consecuci n de dos objetivos: primero, convertir en un deber el poder de la Junta de obrar a trav s de la acci n de incumplimiento; y segundo, otorgar legitimaci n a los particulares para ejercer dicha acci n, en defecto de la Junta, y una vez agotado el procedimiento administrativo previo.

**20.** Sin embargo, el Proyecto no fue objeto de atenci n por parte de los Pa ses Miembros.

**21.** El 12 de mayo de 1987 fue suscrito el Protocolo de Quito, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisi n 236), vigente desde el 25 de mayo de 1988. El citado Protocolo, en lo principal, ampl a los objetivos del Acuerdo, los programas y acciones de cooperaci n econ mica y social y la competencia de la Comisi n y de la Junta; disciplina los programas de desarrollo industrial, agropecuario, agroindustrial y de infraestructura f sica; en el marco del Programa de Liberaci n, precisa la serie de medidas excluidas del concepto restricciones de todo orden ; introduce las cl usulas de naci n m s favorecida y de trato nacional ; declara que el Programa de Liberaci n ser autom tico e irrevocable y que comprender , salvo excepciones, la universalidad de los productos, para llegar progresivamente a su liberaci n total; atribuye a la Comisi n la competencia de fijar los plazos y las modalidades de aplicaci n del Arancel Externo Com n; y extiende el r gimen de las cl usulas de salvaguardia. En lo que concierne a la soluci n de controversias, prescribe que las que surjan con motivo de la aplicaci n del ordenamiento jur dico del Acuerdo se sujetar n a las normas del Tratado que crea el Tribunal (art culo 23).

**22.** Los d as 29 y 30 de noviembre de 1990, m s de cuatro a os despu s de presentado el Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado del Tribunal, se celebr el IV Consejo Presidencial Andino, y en l los Presidentes decidieron, entre otros puntos, poner nfasis en la necesidad del cumplimiento del ordenamiento jur dico comunitario, para lo cual encomiendan al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisi n del Acuerdo de Cartagena, la conformaci n de una Comisi n de Alto Nivel que elabore una propuesta para ser definida, a m s tardar el 31 de marzo de 1991. Dicha propuesta podr incluir elementos para reformar, si fuere el caso, el Tratado de Creaci n del Tribunal de Jus-

ticia del Acuerdo de Cartagena . La Comisi n se reuni los d as 19 y 20 de marzo de 1991 y elev un Informe en el cual destac que la acci n por incumplimiento constitu a un mecanismo eficaz para garantizar la ejecuci n de los compromisos derivados del Acuerdo de Cartagena, y que lo que correspond a era que la Junta la ejerciese.[19]

**23.** No obstante, en el V Consejo Presidencial Andino, celebrado los d as 17 y 18 de mayo de 1991, los Presidentes acordaron Encomendar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que revise el Tratado de Creaci n del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, teniendo en cuenta, para tal efecto, las sugerencias de modificaci n presentadas por algunos Pa ses Miembros, la Comisi n de Alto Nivel y el propio Tribunal . El Tribunal dise un nuevo Proyecto y lo someti a la consideraci n de los Gobiernos de los Pa ses Miembros y de los rganos del Acuerdo. Finalmente, en el VI Consejo Presidencial Andino, celebrado el 4 de diciembre de 1991, los Presidentes dispusieron Instruir al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, para que convoque en el primer trimestre de 1992, a una Reuni n de Plenipotenciarios con miras al examen y suscripci n de un Protocolo Modificatorio al Tratado de Creaci n del Tribunal Andino de Justicia . En efecto, la Reuni n de Plenipotenciarios se celebr entre los d as 16 y 18 de marzo de 1992, pero en ella no se alcanz consenso sobre la totalidad de las modificaciones propuestas.[20]

**24.** M s de tres a os despu s, en agosto de 1995, se convino en un Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado. En septiembre del mismo a o, el Consejo Presidencial Andino encomend a una nueva Reuni n de Plenipotenciarios la tarea de ajustar el Proyecto de Protocolo Modificatorio a la estructura institucional del Sistema Andino de Integraci n que se estaba dise ando.

**25.** En marzo de 1996 se aprob , durante el VII Consejo Presidencial Andino, el Protocolo de Trujillo, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisi n 406), en vigencia desde 3 de junio de 1997. En l se crea la Co-

[19] *Reformas al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. En: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. *Memoria 1992,* Quito, Imprese al, 1993, pp. 46-47.

[20] *Ídem*. pp. 47-48.

munidad Andina, como una organizaci n subregional con personalidad jur dica internacional (art culo 48), integrada por los Estados Miembros y los rganos e instituciones del Sistema Andino de Integraci n (art culo 5); se establece la composici n del Sistema (art culo 6) y se atribuye competencia a cada uno de sus rganos e instituciones (art culos 11 a 46); se reemplaza la Junta por la Secretar a General; y, en lo relativo al r gimen de soluci n de controversias, declara que el Tribunal de Justicia es el rgano jurisdiccional de la Comunidad, que su r gimen est constituido por el Acuerdo, el Tratado de Creaci n y sus protocolos modificatorios, y que tiene su sede en la ciudad de Quito, Ecuador (art culos 40 y 41).

En ese VII Consejo Presidencial Andino se reiter la exigencia de ajustar el Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado del Tribunal a la estructura del Sistema. Realizados los ajustes, el 26 de mayo de 1996 se suscribi el Protocolo Modificatorio del Tratado, denominado tambi n Protocolo de Cochabamba (Decisi n 472). El 17 de julio del mismo a o entr en vigencia una breve reforma del Estatuto del Tribunal (Decisi n 394). Luego de las aprobaciones y ratificaciones de rigor, el Protocolo entr en vigencia el 25 de agosto de 1999.

**26.** En el mbito de las acciones de nulidad y de incumplimiento, las principales modificaciones fueron las siguientes:

La acci n de nulidad podr ser ejercida dentro de los dos a os siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisi n, de la Resoluci n o del Convenio, y la legitimaci n de las personas naturales o jur dicas para ello depender nicamente de que el objeto de la impugnaci n afecte sus derechos subjetivos o sus intereses leg timos (art culos 19 y 20).

El Tribunal, a petici n de la parte demandante, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podr ordenar medidas cautelares si la ejecuci n de la Decisi n, de la Resoluci n o del Convenio, cuya nulidad hubiese sido denunciada, causare o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de dif cil reparaci n en la sentencia definitiva (art culo 21).

En el mbito de esta acci n, el Protocolo incorpor el mecanismo de la denuncia de inaplicabilidad por ilegalidad de la norma comunitaria y de su consulta al Tribunal. En efecto, en l se prev que, aunque hubiese vencido el plazo para ejercer la acci n de nulidad, cualquiera de las partes, en un litigio en curso ante el Juez nacional, podr solicitar a ste la inaplicabilidad al caso de una Decisi n, Resoluci n o Convenio, por considerar que infringe el ordenamiento jur dico de la Comunidad. El Juez na-

cional deber  consultar al Tribunal acerca de la legalidad del instrumento denunciado y suspender el proceso hasta recibir el pronunciamiento correspondiente, el cual ser  de aplicaci n obligatoria en la sentencia de aqu l (art culo 20).

En cuanto a la acci n por incumplimiento, la Secretar a General de la Comunidad tendr  el deber de ejercerla cuando el dictamen motivado que pronuncie, en el procedimiento administrativo previo, sea de incumplimiento, y el Pa s Miembro, cuya conducta haya sido objeto de observaciones, persista en ella (art culo 23).

Cuando la denuncia de incumplimiento ante la Secretar a General sea formulada por un Pa s Miembro contra otro, las gestiones del  rgano ejecutivo tendr n por objeto la subsanaci n del incumplimiento, de modo que la emisi n del dictamen, dentro de los quince d as siguientes al vencimiento del plazo de respuesta del Pa s Miembro, estar  supeditada a que no se hayan obtenido resultados positivos (art culo 24).

Las personas naturales o jur dicas podr n formular la denuncia ante la Secretar a General y, luego de agotado el procedimiento administrativo previo, ejercer la acci n ante el Tribunal, si el incumplimiento del Pa s Miembro afecta sus derechos, caso que el  rgano ejecutivo no emita el dictamen o no ejerza la acci n dentro del plazo, o que el dictamen que emita no sea de incumplimiento. El ejercicio de la acci n ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad excluir  que el particular pueda acudir por la misma causa ante el Tribunal Nacional competente (art culo 25).

El Tribunal, a petici n de la parte demandante, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podr  ordenar la suspensi n provisional de la medida presuntamente infractora, si  sta causa o pudiera causar, al demandante o a la Subregi n, perjuicios irreparables o de dif cil reparaci n (art culo 28).

La sentencia de incumplimiento que el Tribunal dicte, en el supuesto de que la acci n haya sido ejercida por una persona natural o jur dica, constituir  t tulo legal y suficiente para que  sta pueda solicitar al juez nacional la indemnizaci n de los da os y perjuicios correspondientes (art culo 30).

**27.** Por otra parte, el Protocolo introduce el mecanismo del recurso por omisi n o inactividad para el supuesto de que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisi n o la Secretar a General se abstenga de cumplir una actividad a la que los obligue expresamente el

orden jur dico de la Comunidad, y le atribuye competencia al Tribunal para conocer y decidir a su respecto (art culo 37); adem s, le atribuye competencia para conocer y decidir las controversias laborales que se susciten en el seno de los rganos e instituciones del Sistema Andino de Integraci n (art culo 40); y para conocer y decidir, por v a de arbitraje, previo acuerdo de las partes, las controversias derivadas de la interpretaci n o aplicaci n de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre los rganos o instituciones del Sistema, o entre stos y terceros, as como para conocer y decidir del mismo modo las controversias derivadas de la interpretaci n o aplicaci n de contratos de car cter privado, en aquellos de sus elementos disciplinados por el orden comunitario (art culo 38).

Finalmente, el Protocolo suprime la disposici n que prev el uso del procedimiento establecido en el art culo 23 del Acuerdo de Cartagena para las controversias que se susciten entre uno de los Pa ses Miembros y otra parte contratante del Tratado de Montevideo, y, en su lugar, faculta a los Pa ses Miembros, as como a los rganos e instituciones del Sistema Andino de Integraci n, para someterse al r gimen del Tratado en sus relaciones con terceros pa ses o grupos de pa ses (art culo 42).

**28.** El 25 de junio de 1997, d as despu s de la entrada en vigencia del Protocolo de Trujillo, fue suscrito el Protocolo de Sucre, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisi n 563), en vigencia desde el 14 de abril de 2003. Este ltimo instrumento faculta a la Comisi n para aprobar un marco general de principios y normas destinadas a lograr la liberaci n del comercio intrasubregional de servicios (art culo 79); establece, en el mbito de la cooperaci n econ mica y social, una serie de programas para objetivos de desarrollo social (art culo 130); incorpora la figura de los Miembros Asociados (art culo 136); y, sobre todo, introduce, a trav s de una Primera Disposici n Transitoria, el siguiente r gimen especial para el Per : le atribuye competencia a la Comisi n para definir los t rminos del Programa de Liberaci n a ser aplicado al comercio entre el Per y los dem s Pa ses Miembros, con el objeto de lograr el pleno funcionamiento de la Zona Andina de Libre Comercio a m s tardar el 31 de diciembre del a o 2005, y exime al citado Pa s Miembro de la obligaci n de aplicar el Arancel Externo Com n hasta que la Comisi n decida los plazos y modalidades para la incorporaci n del Per al citado mecanismo. Por lo dem s, faculta a la Comisi n, a trav s de otra Disposici n Transitoria, para establecer un confuso mecanismo arbitral.

**29.** Vistas las reformas introducidas por el Protocolo de Trujillo, modificatorio del Acuerdo, y por el Protocolo de Cochabamba, modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal, el 22 de junio de 2001 fue aprobada la reforma del Estatuto del Tribunal (Decisión 500), vigente desde el 28 de junio del mismo año y, por este motivo, el Tribunal aprobó, el 18 de mayo de 2004, la reforma de su Reglamento Interno.

## IV | El orden jurídico sustancial

**30.** El Acuerdo de Integración Subregional ha instituido un orden jurídico de rango fundamental, destinado a disciplinar un proceso de integración que tiene por objetivo último el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la Subregión. Por ello se considera, también en el ámbito de la integración subregional, que el Acuerdo es la norma constitucional de los Estados Miembros y de los órganos e instituciones del Sistema, y que la Comunidad Andina es una Comunidad de Derecho, en tanto que sus órganos e instituciones, así como los Estados Miembros, están sometidos al control de la conformidad de sus actos y omisiones con el orden del Acuerdo de Integración.

**31.** Los contenidos principales del Acuerdo son los siguientes: en primer lugar, establece sus objetivos y los mecanismos para alcanzarlos (Capítulo I); en segundo lugar, la organización del Sistema Andino de Integración y la competencia de cada uno de sus órganos e instituciones (Capítulo II); y en tercer lugar, la disciplina básica de las materias objeto de integración, a través de la regulación de sus objetivos específicos y de las políticas, programas, convenios, proyectos, medidas y acciones para alcanzarlos (Capítulos III a XVI).

**32.** El orden jurídico fundamental del proceso, constituido en esencia por el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal, es desarrollado por las normas derivadas, según la ordenación prevista en el Estatuto del Tribunal (artículo 2), normas de las cuales forman parte las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración.

**33.** A t tulo de ejemplo, las materias del Acuerdo que, en el mbito de la integraci n econ mica, han sido objeto principal de regulaci n, son las siguientes:

¥ El Programa de Liberaci n de bienes, cuyo prop sito es eliminar los grav menes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importaci n de productos originarios del territorio de cualquier Pa s Miembro (art culo 72) que, adem s, deben gozar, en el territorio del Pa s Miembro importador, de un tratamiento no menos favorable que el que se aplique a los productos similares nacionales (art culo 75). En la Comunidad Andina, la Zona de Libre Comercio entre Venezuela, Colombia, Ecuador y Bolivia se perfeccion entre los a os 1992 y 1993. La incorporaci n del Per ha sido gradual (Decisiones 414 y 415), a partir del 30 de julio de 1997, y, de conformidad con la Primera Disposici n Transitoria del Protocolo de Sucre, la incorporaci n plena del citado Pa s Miembro se alcanzar , a m s tardar, el 31 de diciembre del a o 2005.

¥ El Arancel Externo Com n, destinado a la constituci n de la Uni n Aduanera, y cuya puesta en aplicaci n constituye un compromiso de los Pa ses Miembros, se encuentra sometido a los plazos y modalidades que establezca la Comisi n (art culo 81). En la Comunidad, el Arancel Externo Com n se instituy el 31 de enero de 1995, con la entrada en vigencia de la Decisi n 370, en la cual se previ , adem s, un tratamiento preferencial para Ecuador y Bolivia, as como la posibilidad para los Pa ses Miembros de excluir temporalmente de su aplicaci n una lista amplia de subpartidas NANDINA. El 14 de octubre de 2002 se negoci en la Comisi n un nuevo Arancel Externo Com n (Decisi n 535), que deb a entrar en vigencia el primero de enero de 2004. Sin embargo, la Comisi n ha postergado tres veces su entrada en vigencia (Decisiones 569, 577 y 580). La ltima postergaci n ha sido prevista hasta el 10 de mayo de 2005.

¥ La Calificaci n de Origen de las mercanc as, cuyo objeto es asegurar que, mientras se constituye la Uni n Aduanera, los beneficios de la Zona de Libre Comercio correspondan nicamente a los productos que cumplan con los requisitos generales o espec ficos se alados en las reglas. En la Comunidad, la materia se encuentra regulada por el Acuerdo de Cartagena y por las Decisiones 416 (Normas Especiales para la Calificaci n y Certificaci n del Origen de las Mercanc as) y 417 (Criterios y Procedimientos para la Fijaci n de Requisitos Espec ficos de Origen).

¥ El Desarrollo Agropecuario, regulado en lo principal por el Sistema Andino de Franjas de Precios (Decisiones 371 y 410) y el Sistema

Andino de Sanidad Agropecuaria (Decisi n 515), cuyos instrumentos son las normas sanitarias y fitosanitarias; las normas nacionales sanitarias y fitosanitarias inscritas en el Registro Subregional; las normas nacionales sanitarias y fitosanitarias de emergencia; el Registro Subregional de normas nacionales sanitarias y fitosanitarias; y los permisos o documentos fito y zoosanitarios para importaci n, as  como los certificados fito y zoosanitarios para exportaci n y reexportaci n. El Sistema es desarrollado adem s por una serie de normas, como la relativa al registro y control de plaguicidas qu micos de uso agr cola (Decisi n 436).

¥ La Competencia Comercial, de cuyo r gimen forman parte las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por pr cticas restrictivas de la libre competencia (Decisi n 285, pendiente de reforma), por pr cticas de dumping en importaciones de productos originarios de Pa ses Miembros de la Comunidad Andina (Decisi n 456), y por pr cticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de los Pa ses de la Comunidad (Decisi n 457).

¥ La Propiedad Intelectual, de la cual forman parte el R gimen Com n de Protecci n a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales (Decisi n 345), el R gimen Com n sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (Decisi n 351), el R gimen Com n sobre Acceso a los Recursos Gen ticos (Decisiones 391, 423 y 448) y el R gimen Com n sobre Propiedad Industrial (Decisi n 486).

¥ El Comercio de Servicios, regulado a trav s del marco general de principios y normas para la liberalizaci n del comercio de servicios en la Comunidad Andina (Decisi n 439), el Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios (Decisi n 510) y, en materia de transporte, regulado principalmente por las normas sobre Transporte Multimodal (Decisiones 331 y 393), Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera (Decisi n 398), Transporte Internacional de Mercanc as por Carretera (Decisi n 399) y Transporte A reo (Decisi n 582). En materia de telecomunicaciones, las normas que regulan el Proceso de Integraci n y Liberalizaci n del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina (Decisi n 462) y las Disposiciones sobre Utilizaci n Comercial del Recurso  rbita Espectro de los Pa ses Miembros para el Establecimiento, Operaci n y Explotaci n de Sistemas Satelitales (Decisi n 479). Y en materia de energ a, el Marco General para la interconexi n subregional de sistemas el ctricos e intercambio intracomunitario de electricidad (Decisi n 536).

¥ La Normalizaci n T cnica, cuyo sistema tiene por objeto facilitar el comercio intrasubregional, a trav s de la mejora de la calidad de los productos y servicios, y de la eliminaci n de las restricciones t cnicas al comercio, y de cuyo r gimen jur dico forman parte el Sistema Andino de Normalizaci n, Acreditaci n, Ensayos, Certificaci n, Reglamentos T cnicos y Metrolog a (Decisiones 376 y 419), el Reconocimiento y aceptaci n de certificados de productos que se comercialicen en la Comunidad Andina (Decisi n 506), la Armonizaci n de legislaciones en materia de productos cosm ticos (Decisi n 516), y las Directrices para la elaboraci n, adopci n y aplicaci n de Reglamentos T cnicos en los Pa ses Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario (Decisi n 562).

¥ El R gimen de Aduanas, del cual forman parte las normas relativas a la Declaraci n Andina del Valor (Decisi n 379), la Nomenclatura NANDINA (Decisiones 381, 507 y 570), el Tr nsito Aduanero Internacional (Decisi n 477), la Asistencia Mutua y Cooperaci n entre las Administraciones Aduaneras de los Pa ses Miembros de la Comunidad Andina (Decisi n 478), la Valoraci n Aduanera (Decisi n 521), el Valor en Aduana de las Mercanc as Importadas (Decisi n 571), el Arancel Integrado Andino (Decisi n 572) y el R gimen Andino sobre Control Aduanero (Decisi n 574).

¥ Las Inversiones, disciplinadas por el R gimen Com n de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regal as (Decisi n 291), y por el R gimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas (Decisi n 292).

¥ Y la Pol tica Fiscal, de la cual forma parte el R gimen para evitar la Doble Tributaci n y prevenir la Evasi n Fiscal (Decisi n 578), as como la Armonizaci n de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado (Decisi n 599) y la Armonizaci n de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo (Decisi n 600).

Descrito parcialmente el orden sustancial de la integraci n econ mica prevista en el Acuerdo de Cartagena, desarrollado a trav s de Decisiones, y stas a trav s de Resoluciones, procede dar cuenta de la v a jurisdiccional establecida para la soluci n de las controversias que deriven de su interpretaci n y aplicaci n.

## V | Los ámbitos de competencia del tribunal

**34.** El Tratado del Tribunal, modificado por el Protocolo de Cochabamba, crea el ente como  rgano jurisdiccional de la Comunidad (art culo 5), y le atribuye competencia para obrar como int rprete supremo del ordenamiento comunitario (cuesti n prejudicial de interpretaci n), as  como para garantizar su observancia por parte de los Pa ses Miembros (acci n por incumplimiento) y de los  rganos e instituciones del Sistema Andino de Integraci n (acci n de nulidad, recurso por omisi n o inactividad, acci n laboral).

**35.** El Estatuto, por su parte, define al Tribunal como el  rgano jurisdiccional supranacional de la Comunidad, instituido para declarar el Derecho Andino y para asegurar su aplicaci n e interpretaci n uniforme en los Pa ses Miembros, en salvaguardia de los intereses comunitarios y de los derechos de los citados Pa ses (art culo 4).

A continuaci n, daremos cuenta en resumen de los  mbitos de competencia del Tribunal.

### Interpretación prejudicial

**36.** El profesor Bacigalupo destaca que es inherente a todo orden jur dico la idea de su unidad, porque la unidad es garant a de la igualdad, y la igualdad es uno de los valores superiores de todo orden. La unidad del orden exige que, en su  mbito territorial de validez, se lleve a cabo la interpretaci n y aplicaci n uniforme de sus normas. As , el ordenamiento jur dico de la Comunidad Andina requiere ser interpretado y aplicado uniformemente para ser el mismo en todos los Estados Miembros. Lecourt destacaba que la piedra angular de la Comunidad no era s lo  una misma norma  com n , sino dicha norma  interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensi n de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros . Y Catalano, a prop sito de la integraci n europea, advert a que   habr a sido peligroso admitir en los Estados Miembros interpretaciones diversas por parte de las jurisdicciones nacionales [...] el Derecho Comunitario se desdoblar a inmediatamente en tantos sistemas diferentes cuantos derechos nacionales existen. Este riesgo, que es manifiesto, y que hubiese liquidado pronto las pretensiones de uni-

dad de regulaci n propias de un mercado com n supranacional, es lo que se ha intentado excluir con la regulaci n de la t cnica prejudicial [21].

**37.** Puesto que el ordenamiento comunitario se desenvuelve como parte del ordenamiento nacional en los Estados Miembros, hay lugar a que, en el curso de un proceso pendiente ante el Tribunal Nacional, se invoque y se pida la aplicaci n de una norma comunitaria, o que el juez *motu proprio* advierta su pertinencia. En estos casos, corresponde al Tribunal Nacional juzgar sobre la aplicabilidad y, en su caso, hacer aplicaci n de la norma comunitaria, pero se ha estimado necesario que un  nico tribunal garantice la uniformidad de su interpretaci n, con el fin de asegurar la aplicaci n uniforme de aqu lla. Para ello se tiene establecido un mecanismo de cooperaci n judicial entre el Tribunal de la Comunidad y los tribunales nacionales, cual es el de la consulta prejudicial. Por virtud de este mecanismo, como destaca la jurisprudencia europea, el Tribunal Nacional y el Tribunal de la Comunidad est n llamados a contribuir, en el  mbito de sus respectivas competencias, a la elaboraci n de una providencia que asegure la aplicaci n uniforme del ordenamiento comunitario en el interior de los Estados Miembros[22]. Desde el  ngulo del Tribunal de la Comunidad, se trata de proveer de un apoyo al Tribunal Nacional, en su tarea de aplicar el ordenamiento comunitario a la causa sometida a su conocimiento, por la v a de proveer de certeza el significado y alcance de la norma comunitaria.

**38.** Y se trata de un mecanismo de cooperaci n directa, toda vez que la iniciativa de acudir al Tribunal de la Comunidad para solicitar, mediante simple oficio, la interpretaci n de la norma comunitaria, corresponde  nicamente a los Jueces nacionales, si bien la iniciativa, en unos casos facultativa y en otros obligatoria, puede ser impulsada por las partes. La consulta ser  obligatoria, seg n el Tratado, en todos los procesos en que la sentencia, de  nica o  ltima instancia, no fuere susceptible de recursos en el Derecho Interno (art culo 33), es decir, cuando la cuesti n de la aplicabilidad de la norma comunitaria ya no pudiere ser objeto de revisi n por su intermedio.

---

[21] Bacigalupo, Mariano:  La Justicia Comunitaria. Estudio sistem tico y textos normativos b sicos . Marcial Pons, Ediciones Jur dicas S.A., Madrid, 1995.

[22] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: sentencia en el asunto *Schwarze*, 16/65.

De cumplir la solicitud con los requisitos estatutarios, el Tribunal la admitir  y proveer  a su respecto, luego de un procedimiento no contencioso, ajeno a la iniciativa de las partes, mediante una providencia en que se limitar  a precisar el contenido y alcance de la norma comunitaria referida al caso concreto. Le est  expresamente prohibido al Tribunal de la Comunidad hacer interpretaci n, por esta v a, del ordenamiento jur dico nacional de los Estados Miembros, sin perjuicio de la facultad que posee para hacer referencia a los hechos de la causa, de ser ello indispensable a los efectos de la interpretaci n solicitada (art culo 126 del Estatuto).

**39.** Dictada la providencia interpretativa y transmitida al  rgano jurisdiccional solicitante,  ste deber  acogerla en la sentencia que pronuncie acerca de la causa sometida a su conocimiento. Se trata de un deber previsto en un tratado integrante del ordenamiento jur dico fundamental de la Comunidad Andina, cual es el Tratado de Creaci n del Tribunal de Justicia. Y puesto que los tribunales nacionales constituyen parte org nica y funcional de los Estados Miembros, el incumplimiento de este deber constituye una infracci n del orden comunitario imputable al Estado Miembro. En el Estatuto del Tribunal se prev  expresamente el derecho de los Estados Miembros y de los particulares de ejercer la acci n de incumplimiento cuando el Juez Nacional, obligado a realizar la consulta, se abstenga de hacerlo, o cuando, realizada  sta, aplique una interpretaci n diferente a la se alada por el Tribunal de la Comunidad (art culo 128).

La Secretar a General de la Comunidad ha emitido dict menes de incumplimiento en dos ocasiones, a causa de la negativa, por parte de Jueces nacionales, a formular ante el Tribunal la correspondiente solicitud de interpretaci n prejudicial. En efecto, en su Resoluci n 171, del 17 de diciembre de 1998, la Secretar a General emiti  el Dictamen 51-98 contra el Gobierno de la Rep blica del Ecuador, por la violaci n de los art culos 5, 28, 29 y 31 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia, en virtud de la negativa de la Corte Superior de Guayaquil, Sala Quinta, a tramitar la correspondiente solicitud de interpretaci n prejudicial, a pesar de su car cter obligatorio. Y en su Resoluci n 459, del 5 de diciembre de 2000, la Secretar a emiti  el Dictamen 38-2000 contra el Gobierno de la Rep blica del Per , por la violaci n del art culo 33 del Tratado de Creaci n del Tribunal, en raz n de la negativa de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social, a suspender el procedimiento y tramitar la solicitud de interpretaci n.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, vistos los recursos de casaci n ejercidos contra sentencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, a causa de no haberse pedido la interpretaci n prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad, declar  la nulidad de tres procesos y su reposici n al estado de formulaci n de las solicitudes correspondientes (Sentencias dictadas en los expedientes 94-99, del 26 de septiembre de 2000; 09-2000, del 29 de mayo de 2001; y 195-00, del 31 de agosto de 2001).

## Acción por incumplimiento

**40.** En t rminos del profesor Moreira, se trata de un medio procesal de control de la legalidad comunitaria, a trav s de un control objetivo de la ejecuci n, por parte de los Estados Miembros, de sus obligaciones y compromisos comunitarios [23]

**41.** Como se ha dicho, cada Estado Miembro tiene el deber de cumplir con tales obligaciones y compromisos, independientemente de que los otros Estados o los  rganos de la Comunidad cumplan o no con los suyos; adem s, no pueden adoptar unilateralmente medidas de salvaguardia, fuera de los supuestos y procedimientos previstos en el Acuerdo de Cartagena.

**42.** Se entiende por incumplimiento la conducta del Estado Miembro que sea contraria al ordenamiento jur dico de la Comunidad, por faltar a la ejecuci n de las obligaciones y compromisos emanados de dicho ordenamiento y contra dos en su condici n de miembro de la Comunidad, bien a trav s de la sanci n de normas internas contrarias al orden comunitario, bien mediante la falta de sanci n de normas internas destinadas a la observancia del citado ordenamiento, bien por virtud de la realizaci n de cualquier acto u omisi n, deliberado o no, que se oponga al ordenamiento en referencia o que dificulte u obstaculice su aplicaci n (art culos 23 del Tratado de Creaci n del Tribunal y 107 de su Estatuto). Tambi n cabe considerar omisi n la tolerancia de una norma interna incompatible con las obligaciones y compromisos comunitarios.

[23] Moreira Gonz lez, Carlos, en  Derecho Procesal Comunitario , dirigido por MARI O, Fernando et al. Tirant Lo Blanch, Valencia, Espa a, 2001.

**43.** Las obligaciones y compromisos pueden estar previstos en normas del Derecho Primario o del Derecho Secundario, derivar de los principios generales del Derecho Comunitario o constituirse por la inejecuci n o la ejecuci n incorrecta o insuficiente de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad.

**44.** El ejercicio de la acci n presupone el agotamiento de una fase previa. Esta fase, disciplinada por el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretar a General[24], es de car cter administrativo y est organizada para conseguir el restablecimiento del orden jur dico infringido, a trav s de la cesaci n voluntaria en el incumplimiento, por parte del Estado Miembro infractor, de sus obligaciones y compromisos comunitarios.

**45.** La Secretar a General de la Comunidad puede iniciar la investigaci n de oficio, o por reclamaci n de un Estado Miembro o de una persona natural o jur dica afectada en sus derechos. El Reglamento de Procedimientos Administrativos disciplina los requisitos a cumplir y el procedimiento a seguir cuando media reclamaci n de parte.

**46.** Si la Secretar a General encuentra que los requisitos de la solicitud est n cumplidos, o estima, de oficio, a la luz de la informaci n disponible, que el Estado Miembro pudiera estar incurriendo en incumplimiento de sus obligaciones y compromisos comunitarios, lo pone en conocimiento de la apertura de la investigaci n y, dentro de los diez d as h biles siguientes a dicha apertura, le env a una Nota de Observaciones, en la cual identifica el hecho presuntamente constitutivo del incumplimiento, las normas comunitarias presuntamente infringidas, la mercanc a afectada por el hecho de que se trate y, si fuere el caso, la Resoluci n que haya calificado el hecho como constitutivo de gravamen o restricci n al comercio. Adem s, le indica un plazo que no debe exceder de sesenta d as para que d contestaci n a las observaciones formuladas. La Nota de Observaciones circunscribe de esta manera el objeto del eventual litigio futuro y garantiza el respeto al principio del contradictorio. Por ello, se trata de una formalidad esencial cuya falta puede conducir a la inadmisibilidad de la acci n

[24] Decisi n 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores del 14 de diciembre de 1997.

si, a causa de la falta de concreci n del hecho constitutivo del presunto incumplimiento, resulta menoscabado el Derecho a la defensa del Estado Miembro.

**47.** En cuanto al plazo que se fija en la Nota de Observaciones, la Secretar a General debe fijar uno que sea razonable, es decir, adaptado a las exigencias del caso, de forma que no se menoscabe el prop sito del procedimiento administrativo, cual es procurar el cumplimiento voluntario, por parte del Estado Miembro, de sus obligaciones y compromisos comunitarios. Adem s, la Secretar a tiene potestad discrecional para otorgar las pr rrogas que solicite el Estado Miembro y que se encuentren autorizadas por el Reglamento, si interpreta que tales pr rrogas tienen por objeto poner fin al incumplimiento, y para negarlas si interpreta que su objeto es dilatorio.

**48.** En lo que concierne a la presentaci n de alegatos contra la Nota de Observaciones por parte del Estado Miembro imputado, se trata de un Derecho que debe garantizar la Secretar a General, pero cuyo ejercicio queda a discreci n de su titular.

**49.** Recibida la respuesta a la Nota, o vencido el plazo, la Secretar a General formular , dentro de los quince d as siguientes, un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte del Estado Miembro. Sin embargo, si considera que el incumplimiento es flagrante, emitir el dictamen a la brevedad posible y, a partir de ste, la Secretar a o el Estado Miembro afectado podr n ejercer la acci n ante el rgano jurisdiccional de la Comunidad.

**50.** Fuera del supuesto de incumplimiento flagrante, si el Estado adopta una actitud renuente, o sus alegatos no desvirt an el hecho constitutivo del presunto incumplimiento, la Secretar a General dictaminar el incumplimiento en el plazo indicado y, seg n las circunstancias del caso, podr conceder al Estado un nuevo plazo para que le ponga fin. El dictamen deber ser suficientemente motivado para que el Estado tome conocimiento preciso de las razones que lo sustentan; y, por respeto al Derecho de defensa del Estado Miembro, debe fundarse en las mismas razones b sicas que apoyaron la Nota de Observaciones, toda vez que los motivos de la demanda no deben diferir en lo esencial de los invocados

en el procedimiento administrativo previo. Por ello, el dictamen motivado contribuye a precisar el objeto del litigio, ya circunscrito en la Nota de Observaciones. En efecto, seg n el Reglamento de Procedimientos Administrativos, la Secretar a General deber , al igual que en la Nota de Observaciones, identificar el hecho presuntamente constitutivo del incumplimiento, las normas comunitarias presuntamente infringidas, la mercanc a afectada, y los motivos por los cuales considera que el hecho es constitutivo de incumplimiento.

**51.** Si, en definitiva, el dictamen es de incumplimiento, y el Estado Miembro persiste en la conducta infractora, la Secretar a deber ejercer la acci n correspondiente ante el Tribunal. El Estado Miembro afectado podr adherir a la acci n.

**52.** Ahora bien, si la investigaci n ha sido iniciada por reclamaci n de un Estado Miembro o por una persona natural o jur dica afectada en sus derechos, y la Secretar a General no emite el dictamen dentro de los sesenta y cinco d as siguientes a la fecha de la presentaci n de la reclamaci n, o si el dictamen que emite no es de incumplimiento, o si, emitido el dictamen de incumplimiento, no ejerce la acci n dentro de los sesenta d as siguientes, el Estado Miembro o la persona natural o jur dica reclamante podr ejercerla.

**53.** Procede referir asimismo que, en lugar de ejercer la acci n ante el rgano jurisdiccional de la Comunidad, las personas naturales o jur dicas afectadas en sus derechos pueden optar por ejercerla ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con el Derecho Interno del respectivo Estado Miembro.

**54.** Y cabe poner de relieve que, a diferencia del r gimen europeo, el ejercicio de la acci n por incumplimiento, por parte de la Secretar a General de la Comunidad, de persistir el Estado Miembro en el incumplimiento de sus obligaciones, no es potestativo sino obligatorio y, en el caso de que la reclamaci n haya sido formulada por un Estado Miembro o por una persona natural o jur dica afectada en sus derechos, la acci n, en defecto de la Secretar a General, podr ser ejercida por stos.

**55.** En el orden procesal, la denuncia de violaci n del Derecho a la Defensa que haya podido ocurrir en la fase del procedimiento administrativo previo constituye un evento importante, vista la trascendencia de la decisi n que declara el incumplimiento de un Estado Miembro, por lo que la efectiva violaci n de aquel Derecho puede conducir a la inadmisibilidad de la acci n. En cuanto al m rito de la causa, el Tribunal ejerce un control amplio de todas las circunstancias del caso, sin limitarse a los t rminos del dictamen motivado. Por lo dem s, el actor debe aportar prueba fehaciente de que se ha incurrido en el incumplimiento de la obligaci n o del compromiso comunitario.

**56.** En la acci n por incumplimiento, los Estados Miembros son los nicos sujetos provistos de legitimaci n pasiva. Por tanto, la conducta imputable puede ser consecuencia de la actuaci n independiente de cualquiera de sus rganos constitucionales, de modo que la ilegalidad puede derivar de actos, omisiones o pr cticas legislativas, administrativas o judiciales.

**57.** A prop sito del incumplimiento que derive de la actuaci n de los rganos judiciales de un Estado Miembro, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dicho: Obs rvese igualmente que la obligaci n resulta, si cabe, m s incondicional en el caso de que se ventilen ante los Tribunales nacionales asuntos relacionados con la protecci n de derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario a los particulares, ya que aqu llos deben garantizar su salvaguardia directa, inmediata y efectiva [25]. Se entiende que el hecho constitutivo del incumplimiento se configurar a cuando el Tribunal del Estado Miembro haga caso omiso o infrinja deliberadamente las disposiciones del Derecho Comunitario, no cuando se trate de la comisi n de errores judiciales.

**58.** La acci n se tramita a trav s del procedimiento com n desarrollado en el Estatuto del Tribunal.

**59.** Como observa la doctrina, la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva se hace m s acuciante en la controversia por incumpli-

[25] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Johnston*, 222/84.

miento, ya que el dictamen de la Secretar a General no es vinculante, el ejercicio de la acci n no surte efectos suspensivos y el procedimiento se desenvuelve en plazos relativamente prolongados[26]. As , el Tribunal puede ejercer ampliamente su potestad cautelar, por lo que, a petici n de la parte actora, puede ordenar la suspensi n provisional de la medida presuntamente infractora, si  sta causa o pudiera causar al demandante o a la Subregi n perjuicios irreparables o de dif cil reparaci n. Tambi n puede imponer al Estado Miembro prestaciones espec ficas, de hacer o de no hacer, con el objeto de garantizar la ejecuci n de la sentencia correspondiente.

**60.** En todo caso, el otorgamiento de la medida se halla condicionado a la verificaci n de los requisitos del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*.

**61.** La medida cautelar se otorga por auto motivado, contra el cual no cabe recurso alguno; su otorgamiento puede ser sometido a la constituci n de una fianza y no prejuzga la decisi n del Tribunal sobre la cuesti n de m rito; la medida puede ser modificada o revocada en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, si var an las circunstancias; y, de no fijarse un plazo de duraci n, la medida, como es natural, quedar  sin efecto al decidirse la cuesti n de m rito[27].

**62.** La sentencia de m rito, declarativa del incumplimiento y provista de la autoridad de cosa juzgada, impone al Estado Miembro una obligaci n indisponible de resultado[28]. En efecto, ella obliga al Estado Miembro infractor a adoptar las medidas necesarias para su ejecuci n en un plazo no mayor de noventa d as luego de haber sido notificada. Todos los  rganos p blicos del Estado Miembro quedan obligados a contribuir en el restablecimiento del orden comunitario infringido, por lo que est n llamados, dentro de sus respectivos  mbitos de competencia, a cooperar de buena fe en la ejecuci n de la sentencia, sea modificando, derogando o dejando sin aplicaci n los actos o decisiones internas controvertidas, sea sancionando las que fueren pertinentes, sea asegurando la efectividad de los actos o decisiones comunitarias. Es precisamente la necesidad de asegurar

[26] Moreira Gonz lez, Carlos, op. cit.

[27] *Ídem.*

[28] *Ibídem.*

la efectividad del orden comunitario la raz n que justifica que el Tribunal encuentre necesario pronunciarse en ocasiones sobre el m rito de las causas en las cuales ya se ha puesto fin al incumplimiento denunciado, visto el inter s en establecer la base de la responsabilidad en que el Estado Miembro ha podido incurrir como consecuencia de tal incumplimiento.

**63.** La fuerza ejecutiva de la sentencia no puede considerarse menoscabada porque el Tribunal no pueda ejecutarla directamente, toda vez que, como ya se indic , el Estado Miembro infractor tiene el deber de cooperar lealmente en su ejecuci n.

**64.** El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha se alado sobre el particular que: ...corresponde a todas las autoridades de los Estados Miembros, sean stas las autoridades del Estado o las autoridades de un Estado federado, o cualquier otra autoridad territorial, asegurar el cumplimiento de las disposiciones de Derecho Comunitario dentro del mbito de sus respectivas competencias [29]. El Tribunal ha precisado, adem s, que esta obligaci n se extiende a la reparaci n del da o sufrido por los particulares, sea cual fuere la autoridad que, con arreglo al Derecho del Estado, deba hacerse cargo de dicha reparaci n por incumplimiento del Derecho Comunitario[30].

**65.** En el mbito de la Comunidad Andina, se tiene establecido en forma expresa que, cuando la acci n haya sido ejercida por una persona natural o jur dica afectada en sus derechos, la sentencia declarativa del incumplimiento constituir t tulo legal y suficiente para que el particular pueda reclamar indemnizaci n de da os y perjuicios ante el Tribunal Nacional, en el entendido de que, en lugar de ejercer la acci n por incumplimiento ante el Tribunal de la Comunidad, ha podido ejercerla ante el Tribunal Nacional competente, toda vez que la tutela judicial efectiva, por los tribunales nacionales, de los derechos de los particulares que derivan del ordenamiento supranacional, forma parte de las obligaciones de los Estados Miembros.

---

[29] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Alemania v. Comisión*, C-8/88.

[30] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Poule,* 302/97.

**66.** El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha destacado a este prop sito, en el asunto de la *Unión de Pequeños Agricultores*, que ...los rganos jurisdiccionales nacionales est n obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposici n de los recursos de modo que las personas f sicas y jur dicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resoluci n o de cualquier otra medida nacional por la que les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto [31]. Asimismo, el Tribunal ha indicado que ...el acceso a las v as procesales nacionales no podr hacerse en condiciones menos favorables que para las reclamaciones fundadas en normas internas y tampoco en condiciones tales que hagan *prácticamente imposible* el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jur dico comunitario [32]. En sinton a con esta orientaci n, el Tribunal ha precisado, en el asunto *San Giorgio,* que es incompatible con el Derecho Comunitario toda modalidad de prueba cuyo efecto sea hacer pr cticamente imposible (como la prueba documental negativa o la exclusi n de toda prueba que no sea la documental), o excesivamente dif cil, la obtenci n del reembolso de la tasa o la indemnizaci n debida por violaci n del Derecho Comunitario[33].En definitiva, Para el TJCE, los Estados miembros est n obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de las normas comunitarias y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar efectivamente los derechos as conferidos ante los tribunales nacionales [34]. Por esta raz n, en la sentencia sobre el asunto *Factortame,* el Tribunal afirm que ...si el juez que conoce el litigio estima que debe conceder medidas provisionales y se opone a ello una norma nacional, entonces debe excluir la aplicaci n de la norma nacional que le impide conceder medidas provisionales , ya que ...la plena eficacia del Derecho Comunitario se encontrar a completamente disminu da si una regla de Derecho Nacional pudiese impedir al juez, que conoce un litigio regido por el Derecho Comunitario y que debe decidir sobre la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho

---

[31] Citada en Mangas Mart n, Araceli y Li n Nogueras, Diego: Instituciones y Derecho de la Uni n Europea , tercera edici n, Editorial TECNOS, Madrid, 2002.

[32] *Ídem.*

[33] *Ibídem.*

[34] *Ibídem.*

Comunitario, acordar las medidas cautelares que pretendan garantizar la plena eficacia de su decisi n jurisdiccional [35].

**67.** Caso que el particular ejerza la acci n de reparaci n, las condiciones de la responsabilidad ser an la existencia del da o, la relaci n de causalidad entre el da o y la conducta de la entidad, y la naturaleza ilegal de sta [36].

**68.** La inejecuci n de una sentencia de incumplimiento, o su ejecuci n parcial o tard a, constituye tambi n una violaci n de las obligaciones comunitarias, y da lugar a la apertura de un procedimiento sancionatorio por desacato. En efecto, si no consta en autos la ejecuci n de la sentencia por parte del Estado Miembro infractor, el Tribunal tramitar un procedimiento sumario, al final del cual, luego de o r a los Estados Miembros y de verificar el desacato, podr restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Integraci n Subregional que beneficien al Estado Miembro renuente. La sanci n permanecer hasta que se constate que el Estado Miembro ha dado cumplimiento a las obligaciones impuestas en la sentencia.

**69.** Por lo dem s, las sentencias que se dictan en las causas por incumplimiento pueden ser recurridas en revisi n, a instancia de parte, si el recurso se funda en alg n hecho que hubiese podido influir decisivamente en el resultado de la controversia, siempre que tal hecho hubiese sido desconocido por el recurrente en la fecha de la expedici n de la sentencia.

**70.** El recurso de revisi n deber ser presentado dentro de los noventa d as siguientes a la fecha del descubrimiento del hecho, o dentro del a o siguiente a la fecha de pronunciamiento de la sentencia.

---

[35] *Ibídem*.

[36] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Lütticke v. Comisión*, 4/69.

### Acción de nulidad

71. La acci n de nulidad es un medio jur dico establecido por el orden comunitario para garantizar la legalidad de los actos de los rganos de la Comunidad, por la v a del control de su conformidad con las normas comunitarias que les sirven de fundamento.

72. El objeto de la acci n es la declaratoria de nulidad del acto del rgano por ser contrario a Derecho, lo que presupone que se hayan cumplido los requisitos de legitimaci n, activa y pasiva, que se trate de un acto susceptible de ser demandado por v a de nulidad, y que se haya configurado el motivo de la violaci n del orden comunitario.

73. La acci n puede ser ejercida contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisi n de la Comunidad Andina, contra las Resoluciones de la Secretar a General y contra los Convenios de Complementaci n Industrial u otros que adopten los Estados Miembros entre s , en el marco del proceso de integraci n subregional, cuando hayan sido dictadas las Decisiones o Resoluciones, o celebrados los Convenios, con violaci n de las normas que forman parte del orden comunitario, incluso por desviaci n de poder (art culo 17 del Tratado). Como puede observarse, los motivos de nulidad cubren todos los supuestos de ilegalidad. Se entiende que el acto recurrible ha de ser obligatorio, es decir, que despliegue efectos obligatorios en la esfera jur dica de sus destinatarios; adem s, en principio, ha de ser definitivo y no preparatorio, es decir, que recoja la manifestaci n definitiva de la voluntad del rgano.

74. La acci n puede ser ejercida por cualquier Estado Miembro, siempre que el acto cuya nulidad se denuncia no haya sido aprobado con su voto afirmativo, as como por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisi n de la Comunidad Andina o la Secretar a General. Finalmente, la acci n puede ser ejercida por personas naturales o jur dicas, siempre que el acto cuya nulidad se denuncia afecte sus derechos subjetivos o sus intereses leg timos. El Tribunal de la Comunidad ha precisado que, a diferencia del inter s leg timo, el Derecho Subjetivo presupone la existencia de una relaci n jur dica en cuyo mbito el titular del inter s sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posici n de

ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestaci n dirigida espec ficamente a la satisfacci n del inter s del primero.

**75.** La acci n est sometida a un plazo de caducidad, toda vez que debe ser ejercida dentro de los dos a os siguientes a la fecha de entrada en vigencia del acto que se controvierte; sin embargo, si en un litigio ante un Tribunal Nacional se cuestiona, ya cumplido el plazo de caducidad, la validez de una Decisi n, Resoluci n o Convenio relativo al citado litigio, y se solicita que tal norma o acto sea dejado sin aplicaci n, el juez deber consultar sobre su legalidad al Tribunal de Justicia y suspender el proceso hasta que ste se pronuncie. En este caso, el Tribunal notificar la consulta a los Estados Miembros, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisi n de la Comunidad Andina y a la Secretar a General, y stos dispondr n de un plazo de treinta d as para presentar alegatos u observaciones escritas, luego de lo cual el rgano jurisdiccional se pronunciar sobre la legalidad o ilegalidad de la norma o del acto en cuesti n.

**76.** La acci n de nulidad se tramita por el procedimiento com n establecido en el Estatuto del Tribunal. En el curso de dicho procedimiento, el Tribunal, a petici n de la parte actora en la demanda, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podr dictar medidas cautelares y, en particular, ordenar la suspensi n provisional de la ejecuci n del acto cuya nulidad se denuncia. Si el acto es de efectos generales, bastar que el Tribunal considere *prima facie* la existencia del *fumus boni iuris.* Y si el acto es de efectos particulares, ser necesario, adem s, que haya prueba de los perjuicios irreparables o de dif cil reparaci n que la ejecuci n del acto cause o pudiera causar al actor.

**77.** En caso de exigirse afianzamiento, sea cauci n, garant a de empresa de seguros o aval bancario, el mismo tendr por objeto garantizar la reparaci n de los perjuicios que, eventualmente, cause la suspensi n del acto, si la sentencia desestima la acci n.

**78.** El Tribunal podr declarar la nulidad total o parcial del acto demandado, fijar los efectos de la sentencia en el tiempo y se alar plazo para que el rgano autor del acto adopte las disposiciones de ejecuci n de sentencia que fueren necesarias. El acto anulado no podr ser repro-

ducido por quien lo dict , a menos que, despu s de la sentencia, hayan desaparecido los fundamentos de la nulidad.

**79.** El pronunciamiento de una sentencia desestimatoria de la acci n de nulidad no impide que, a la luz de motivos distintos, se controvierta de nuevo sobre la legalidad del acto, por ejemplo, a trav s de la excepci n de ilegalidad. Si, en cambio, el Tribunal declara con lugar la acci n, el acto queda retirado del ordenamiento comunitario y la sentencia surtir  efectos *erga omnes.*

### Recurso por omisión o inactividad

**80.** Pero cuando lo que se denuncia no es la ilegalidad del acto del  rgano comunitario sino el incumplimiento de su obligaci n de dictarlo, hay otro medio a trav s del cual el Tribunal de la Comunidad puede hacer cesar el incumplimiento

**81.** En efecto, el control jurisdiccional de la legalidad de la conducta de los  rganos del Sistema ser a incompleto si no existiese un medio procesal destinado a controlar la legalidad de sus omisiones contrarias al ordenamiento jur dico de la Comunidad. Es el caso del recurso por omisi n o inactividad, cuyo objeto es poner fin a la omisi n de los  rganos del Sistema cuando la ejecuci n de la actividad constituya una obligaci n impuesta en forma expresa por el ordenamiento jur dico comunitario. De constatarse la omisi n ilegal de la actividad, lo que corresponde es compeler al  rgano para que la ejecute.

**82.** Sin embargo, el ejercicio del recurso est  supeditado al cumplimiento de un requisito de admisibilidad: que primero se requiera del  rgano, por escrito, el cumplimiento de la obligaci n, es decir, la ejecuci n de la actividad omitida. No se indica plazo para formular el requerimiento, por lo que la oportunidad queda a discreci n del interesado. Si dentro de los treinta d as siguientes no se accede al requerimiento, el sujeto legitimado podr  ejercer el recurso ante el Tribunal de la Comunidad (art culos 37 del Tratado y 131 del Estatuto). Cabe entender que este plazo deber  contarse desde la fecha en que el  rgano reciba el requerimiento. Cabe entender igualmente que el recurso ser  inadmisible si se constata que el  rgano hab a dictado ya la providencia solicitada.

**83.** El requerimiento podr  ser formulado y el recurso podr  ser ejercido contra la omisi n o la inactividad del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisi n o de la Secretar a General de la Comunidad Andina, por parte de estos mismos  rganos, o de cualquiera de los Estados Miembros, o de personas naturales o jur dicas afectadas por el incumplimiento en sus derechos subjetivos o en sus intereses leg timos (art culos 37 y 19 del Tratado, y 129 y 130 del Estatuto). Se entiende que los citados  rganos del Sistema se encuentran legitimados sin necesidad de demostrar la existencia y afectaci n de un inter s espec fico. Y el recurso podr  estar dirigido contra la falta de pronunciamiento de disposiciones de car cter general o de car cter particular.

**84.** Dentro de los treinta d as siguientes a la admisi n del recurso, el Tribunal, sobre la base de los antecedentes del caso, de la documentaci n t cnica existente y de las explicaciones del  rgano imputado, dictar  la providencia correspondiente. Si en ella declara la omisi n o la inactividad, el Tribunal deber  precisar la forma, modalidad y plazo del cumplimiento de la obligaci n (art culos 37 del Tratado y 133 y 134 del Estatuto).

### Acción laboral

**85.** El Tratado de Creaci n atribuye tambi n al Tribunal competencia para conocer de las controversias laborales que se susciten en el seno de los  rganos e instituciones del Sistema (art culo 40). El Estatuto del Tribunal precisa que se trata de las controversias que, originadas en una relaci n de trabajo, se susciten entre los  rganos e instituciones del Sistema Andino de Integraci n y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable (art culo 136).

**86.** Seg n el Estatuto en referencia, se encuentran legitimados para ejercer la acci n laboral, a los fines de reclamar el cumplimiento de sus derechos laborales, los funcionarios o empleados que tengan o hayan tenido relaci n laboral con cualquiera de los  rganos e instituciones del Sistema (art culo 137). Sin embargo, el ejercicio de la acci n se encuentra supeditado al requisito indispensable de que el actor pruebe haber formulado petici n directa a su empleador sobre los mismos derechos laborales que reclama en sede judicial, y no haber obtenido respuesta dentro de los treinta d as siguientes, o haber obtenido una que le fue total o parcialmen-

te desfavorable. Adem s, la acci n prescribe a los tres a os desde el hecho o acto causante de la reclamaci n (art culo 139).

**87.** A la controversia laboral se aplica el procedimiento com n disciplinado en el Estatuto del Tribunal, salvo que, luego de la contestaci n de la demanda, el Tribunal, si estima que los derechos envueltos en la controversia son susceptibles de transacci n, convocar a las partes a una audiencia de conciliaci n y, caso de no lograrse sta, propondr las f rmulas de acuerdo que estime justas. Tambi n las partes podr n, en cualquier estado del proceso, ponerse de acuerdo y solicitar al Tribunal que convoque una audiencia de conciliaci n (art culo 138).

**88.** En la sentencia, el Tribunal deber aplicar los principios generales del Derecho Laboral reconocidos por la Organizaci n Internacional del Trabajo, as como los principios comunes a los Estados Miembros.

## Potestad arbitral

**89.** Finalmente, el Tratado de Creaci n atribuye competencia al Tribunal para resolver, por v a arbitral, las controversias que los particulares acuerden someter a su conocimiento, a causa de la interpretaci n o aplicaci n de contratos de car cter privado que se encuentren regidos por el ordenamiento jur dico de la Comunidad Andina (art culo 38).

**90.** Asimismo, el Tribunal tiene competencia para resolver, por v a arbitral, las controversias que se susciten entre los rganos e instituciones del Sistema, o entre stos y terceros, a causa de la interpretaci n o aplicaci n de contratos, convenios o acuerdos que se celebren entre ellos, cuando las partes as lo acuerden (art culo 38).

**91.** El laudo podr ser de derecho o de equidad, seg n lo acuerden las partes, ser obligatorio e inapelable, y constituir t tulo legal suficiente para solicitar su ejecuci n en cada Estado Miembro, de conformidad con las disposiciones de la ley interna aplicable (art culo 38).

## VI | La efectividad de la tutela

**92.** Hasta el 10 de diciembre de 2004, el Tribunal de Justicia hab a dictado 58 sentencias en causas por incumplimiento de las obligaciones y compromisos derivados del ordenamiento jur dico comunitario. Los Pa ses Miembros demandados en estas causas fueron los siguientes: Ecuador en 18 casos, Venezuela en 17 casos, Colombia en 13 casos, Per  en 8 casos y Bolivia en 2 casos.

**93.** En 45 de las 58 sentencias, el Tribunal declar  el incumplimiento por parte del Pa s Miembro demandado (77.58%); en 6 declar  que el incumplimiento no se hab a consumado (10.34%); en 5 declar  la inadmisibilidad de la demanda (8.62%); y en 2 expedientes ocurri  el desistimiento de la acci n (3.44%).

**94.** En cuanto a los hechos presuntamente constitutivos de incumplimiento, se observa que correspondieron a las siguientes materias: en 37 casos (63.79%), los hechos estuvieron relacionados con el Programa de Liberaci n; en 9 casos (15.51%), con la Propiedad Industrial; en 8 casos (13.79%), con el Arancel Externo Com n; en 3 casos (5.17%), con la falta de aplicaci n del principio de no discriminaci n; y en 1 caso (1.72%), con la Competencia Comercial.

**95.** Pronunciadas las sentencias declarativas de incumplimiento, el Tribunal hubo de abrir, hasta el 30 de junio de 2004, un total de 39 procedimientos sumarios por desacato. En 22 de los citados procedimientos, los Pa ses Miembros demostraron ante el Tribunal la ejecuci n de las sentencias y  ste archiv  los respectivos expedientes. En 11 de los casos, el Tribunal hubo de imponer sanciones que a n est n vigentes, lo que no significa que hayan sido aplicadas por los Pa ses Miembros. Y en 5 de los casos, los Pa ses Miembros reincidieron en el desacato de las sentencias[37].

[37] Gonz lez de Troconis, Iris: trabajo in dito, 2005.

# Derecho Internacional Privado

## La unificación del Derecho Comercial Internacional

Sixto Sánchez Lorenzo

### 1 | Un juego de palabras y una realidad contradictoria, a modo de introducción

1. Ein Volk, ein Reich, ein Recht . Este fue el grito bajo el cual se gest  la codificaci n alemana en el siglo XIX, tal y como recoge R. Zimmermann[1]. Por descontado, fue el mismo que permiti  su unificaci n pol tica. En la era de la globalizaci n, acaso debamos enardecer el  nimo hacia la unificaci n internacional del Derecho Comercial con un eslogan parecido. La dogm tica de la globalizaci n nos ense a el debilitamiento del Estado y, desde luego, la impropiedad de los imperios en estos albores del siglo XXI, al menos de los imperios coloniales en la concepci n decimon nica que tanto ayud  a la unificaci n de Alemania, ansiosa de incorporarse, aun tard amente, al reparto colonial. Dado que lo que impera y destruye fronteras es en nuestra hora el mercado, quiz s nuestro lema pudiera ser  Ein Volk, ein Markt, ein Recht . Pero en nuestra consigna no parece encajar f cilmente el pueblo, al menos en esa concepci n tan decimon nica y savignyana, pues la globalizaci n nos muestra que frente a semejantes alardes de exaltaci n de la identidad de un pueblo por oposici n a los dem s, en la b squeda de la consolidaci n del Estado, nuestra era se corresponde con una aldea global, en que m s all  de la circulaci n de los elementos productivos, al menos del capital, las mercanc as y los servicios, el auge

[1] *Vid.*  El Derecho romano-holand s y su contribuci n al Derecho privado europeo , en *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, 2000, p. 109

de los medios de comunicaci n (internet) y de transporte (migraciones) aten an esa sagrada identidad de los pueblos, pre ndolos de elementos pluriculturales. Omitamos, pues, al pueblo, siempre tan cercano de la naci n, y qued monos con un as ptico: Ein Markt, ein Recht , que, aunque breve, no es poco, contra lo que pudiera parecer. N tese que ni siquiera es una ense a bien vista por los fundamentalistas neoliberales de la globalizaci n, pues para ellos este fen meno deber a venir acompa ado de una desregulaci n, fruto de la incapacidad del poder pol tico establecido, fundamentalmente los Estados, para imponer o siquiera beneficiarse de un intento de control o reglamentaci n. Para ellos, m s correcto ser a aferrarse al Ein Martk, kein Recht o, si quieren, buscando una mayor armon a, kein Volk, ein Markt, kein Recht . Es cierto que para muchos fundamentalistas, aunque m s ingenuos e hipnotizados por la pureza del an lisis econ mico, la desregulaci n quiz s no sean tan efectiva como la competencia entre ordenamientos , que al fin y al cabo no es m s que la desregulaci n a escala internacional y el fomento de la diversidad que permita a los ordenamientos una competitividad para atraer b sicamente capital, con lo cual se decantar an por un kein Volk, ein Markt, viele Rechte .

No cabe duda de que el hallazgo de nuestro grito particular para la unificaci n internacional del Derecho Comercial se nos va complicando, aunque sigamos creyendo en que el m s propicio pudiera ser Ein Markt, ein Recht . Al menos, quiz podamos convenir en que no hay discusi n acerca de la eliminaci n de ein Volk (o la simple negaci n: kein Volk ) y que, desde luego, ein Markt es intangible. Podr amos discutir si el lema tiene alg n sentido si carece de un elemento subjetivo: de qu valen los mercados y los derechos si no se cuentan con los pueblos? Pero es seguro que por este camino terminaremos en conclusiones subversivas e ideol gicamente peligrosas —sobre todo para la propia supervivencia— en un mundo con pensamiento forzosamente unificado [ tal vez ein Markt, ein Gedanke, (k)ein (viele) Recht(e) ?]. Es f cil caer en la tentaci n de sustituir el elemento subjetivo (ein Volk) que fue el protagonista del escenario decimon nico (ein Reich) por los nuevos protagonistas del nuevo escenario: las sociedades transnacionales [wenige Gesellschaften, kein Volk, ein Markt, (k)ein (viele) Recht(e)]. Aparte de revolucionario en demas a, el lema es poco claro y carece de la fuerza monosil bica y el equilibrio que proporciona la repetici n del art culo en el trinomio decimon nico: Ein Volk, ein Reich, ein Recht , pero deja bien claro que el verdadero enigma se encuentra en la supervivencia de ein Recht . El nuevo

marco de una mercado global permite el mantenimiento de una pluralidad de derechos nacionales? Promociona incluso dicha pluralidad o, al contrario, requiere mecanismos de unificaci n a una escala global? Si este ltimo es el caso, habiendo sido desplazado el poder de intervenci n de los Estados, aunque unos m s que otros, es razonable que sean los Estados, individualmente o a trav s de mecanismos de cooperaci n internacional, quienes protagonicen dicha unificaci n con las mismas fuentes y t cnicas normativas del siglo XIX? El juego de palabras con la que hemos iniciado esta ponencia no pretende ser una forma amable ni original de plantear una cuesti n, sino que trata, simplemente, de poner de relieve, acaso con cierta iron a, que la discusi n en torno a la unificaci n internacional del Derecho Comercial va mucho m s all de un debate sobre cuestiones de t cnicas normativas o legislativas y ha de atemperarse a las demandas y necesidades sobre todo de una sociedad nueva, en un marco econ mico, pol tico y social diverso al del siglo XIX, bajo cuya influencia sigue viviendo a n la ciencia del Derecho Internacional Privado.

**2.** El juego de palabras se conjuga adem s con una realidad contradictoria. Aparentemente, en la era de la globalizaci n se justifica una natural inclinaci n a la defensa de la unificaci n del Derecho Privado y Comercial a escala universal[2]. Dicha unificaci n habr a de afectar de forma directa y principal al Derecho Privado, al menos si reconocemos que el fen meno de la globalizaci n hace referencia primordial a la unificaci n del mercado, la liberalizaci n de los intercambios comerciales y el libre tr nsito de los elementos productivos. A un mercado global habr a de corresponder un Derecho Global. Por otra parte, fen menos ntimamente unidos a la globalizaci n, como internet y los medios universales de comunicaci n, crean un espacio propiamente internacional donde se desarrollan relaciones jur dicas que dif cilmente pueden ser resueltas con las viejas concepciones conflictuales, asentadas en el siglo del Estado, de Hegel y de Savigny.

Por lo dem s, la propia globalizaci n como fen meno econ mico y social ha provocado un aumento exponencial, mucho m s que geo-

---

[2] *Vid.* R. Stober, Globalisierung der Witschaft und Rechtsprinzipien des Weltwirtschaftsrecht , *Festschrift für Bernhard Groβfeld zum 65. Geburstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1999, pp. 1.176-1.177.

m trico, en el crecimiento de las relaciones privadas internacionales o transfronterizas, que pasan a ser la regla, en lugar de la excepci n, y, en muchos mbitos a superar cuantitativamente al n mero de relaciones jur dicas puramente internas[3].

Parece, pues, contradictorio, que las instituciones internacionales especialmente (OMC) hayan manifestado tanto desprecio a la vertiente privada de la globalizaci n, nicamente preocupadas por las relaciones comerciales en el marco jur dico p blico o interestatal y en la eliminaci n de las barreras a determinados elementos productivos. Esta actitud invitar a a pensar que existe una lamentable falta de conciencia acerca de c mo el Derecho Privado Estatal y m s concretamente su pluralidad en el escenario internacional puede constituir una barrera oculta a los intercambios, y en qu medida la falta de tutela procesal de los derechos econ micos de los particulares puede poner en entredicho el modelo pretendido tanto o m s que la ausencia de un acuerdo multilateral de inversiones. En realidad, la OMC no parece el foro adecuado para esta tarea, y su estructura jur dica responde m s bien a regular las relaciones econ micas entre Estados[4]. En el fondo, esta realidad contradictoria puede ayudar a explicar que hayan sido las propias instituciones privadas quienes hayan asumido el protagonismo a la hora de intentar eliminar tales barreras. Queda por saber qu grado de inter s real existe en las instituciones oficiales, y qui nes se ocultan tras ellas, en que fructifiquen realmente instrumentos de regulaci n transnacionales.

---

[3] *Vid.* en este sentido J. Basedow, The Effects of Globalization on Private International Law , *Legal Aspects of Globalization*, La Haya, Kluwer, 2000, p. 5 (version en alem n: Das Internationale Privatrecht in den Zeiten der Globalisierung , *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburstag*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, pp. 410-411).

[4] *Vid.* P.A. De Miguel Asensio, Algunas tendencias jur dicas de la globalizaci n , en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad (Colección Escuela Diplomática, núm. 7)*, Madrid, 2003, p. 61; Id., El Derecho internacional privado ante la globalizaci n , *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 46-47. *Cf.* A. Tita, A Challenge for the World Trade Organisation (Towards a True Transnational Law) , *JWT*, vol. 29, 1995/3, pp. 83-90.

## II | Las fuentes tradicionales y la unificación del Derecho Comercial Internacional

### Fuentes estatales

**3.** Uno de los efectos de la globalizaci n econ mica se refiere al declive de las posibilidades de control por el Estado del propio mercado ( kein Reich?). El mercado, y la econom a en su conjunto, deja de ser un fen meno nacional, y en semejante escenario globalizado las econom as se interrelacionan y los sistemas de protecci n del mercado nacional redundan en perjuicio de los intereses del propio Estado y de su econom a. Al aseverar tal efecto, se tiene presente, ante todo, las medidas proteccionistas y restricciones u obst culos a los intercambios de mercanc as, servicios o capitales contempladas por el Derecho Econ mico. Resulta conveniente, sin embargo, trasladar estas reflexiones al  mbito del Derecho Privado.

Admitido como un puro dato econ mico, el mercado global es un escenario donde operan los intercambios entre particulares. Si semejante mercado presenta una dimensi n y una realidad transnacional, es dable preguntarse el sentido que tiene operar con un r gimen jur dico dise ado, en sus fuentes y t cnicas normativas, para lo que J. C. Fern ndez Rozas ha denominado como  ...el esquema demoliberal de las econom as estatales [5]. Si en el marco de la superestructura del comercio internacional, los nuevos principios rectores han supuesto un desplazamiento de los modelos aut rquicos nacionales, es f cil pensar que el r gimen jur dico de las transacciones internacionales dif cilmente puede seguir ampar ndose en la aplicaci n de unos Derechos estatales nacidos y concebidos para la realidad econ mica del siglo XIX.

El razonamiento, sin embargo, no es tan evidente. Contra lo que pudiera pensarse, la unificaci n de ciertas reglas superestructurales o jur dico-p blicas del funcionamiento del mercado resulta en la pr ctica m s factible, como demuestran los procesos llevados a cabo tanto en el marco de la integraci n universal (OMC) como en el propio del regionalismo (UE). Sin embargo, la unificaci n del Derecho Privado o, incluso, del Derecho Econ mico m s pr ximo al Derecho Privado (comercializaci n *versus*

---

5 *Vid. Sistema del comercio internacional*, Madrid, C vitas, 2001, pp. 39-42.

producci n) se muestra mucho m s renuente a ser unificado, como bien a las claras demuestra el Derecho Comunitario. Adem s, como se ala P.A. de Miguel Asensio, ...pese a lo que podr a desprenderse de una aproximaci n simplista, la globalizaci n econ mica no va unida con car cter general a una menor presencia del Estado, cuyas competencias en materia de orden p blico, garant a de la propiedad y ordenaci n del mercado se mantienen en lo sustancial y en ocasiones resultan reforzadas [6].

En realidad, los resultados pr cticos de la unificaci n internacional del Derecho Material arroja un resultado muy pobre al d a de hoy. Aunque las circunstancias vayan cambiando poco a poco, e incluso admitamos la hip tesis de una imposici n en el futuro m s pr ximo de modelos como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales —partiendo si se quiere de la hip tesis ptima, a saber, de su aplicaci n regular por instancias tanto arbitrales como jurisdiccionales—, no est de m s preguntarse hasta qu punto los instrumentos de unificaci n del Derecho Comercial internacional son capaces de prescindir de los Derechos estatales. Y, con seguridad, la respuesta no va a ser tan contundente como en el mbito del marco superestructural. Constituye un buen ejercicio, en esta direcci n, detenerse en c mo juegan tales Derechos estatales en la din mica propia y aut noma de los propios Principios UNIDROIT

4. El expreso objetivo de los Principios UNIDROIT es proporcionar un marco de reglas materiales aplicables a los contratos comerciales internacionales, incluso suplir las lagunas de la *lex contractus* o de los convenios internacionales de Derecho Uniforme que resulten aplicables[7], am n de servir como *ratio scripta* o ley modelo para la legislaci n estatal o internacional (Pre mbulo). Sin duda los Principios UNIDROIT son un conjunto muy completo de reglas sobre los contratos mercantiles, quiz s muy superior t cnicamente a cualquier reglamentaci n nacional. Pero, al margen de las eventuales lagunas que los Principios pudieran presentar, es dable preguntarse si en s mismos y respecto a las cuestiones contempladas son ca-

---

6 *Vid.* Algunas tendencias... , *loc. cit., op. cit.*, p. 58. *Vid.* asimismo, del mismo autor, El Derecho internacional... , *loc. cit.*, pp. 55-57; H. Koller, Globalisierung und Internationalisierung des Witschaftsrechts- Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung , *ZSR*, 2000, pp. 340-342.

7 En relaci n con el Convenio de Viena *vid.* las re exiones de J. Basedow, The Effects... , *loc. cit.*, p. 7; Das Internationale... , *loc. cit., op. cit.*, p. 412.

paces de funcionar sin referencia a los Derechos estatales. El propio art. 1.6 de los Principios se refiere a su interpretaci n e integraci n de forma muy prudente, pues las cuestiones no tratadas habr n de resolverse en lo posible de acuerdo con los propios Principios. No extra a, pues, que en el comentario a este art culo se contemple expresamente la referencia a un Derecho Nacional que sirva como cauce de integraci n residual:

> Por supuesto, las partes siempre tienen la libertad para someterse a un Derecho Nacional determinado con el fin de que integre las reglas de los Principios. Una estipulaci n en este sentido podr a expresar: Este contrato se rige por los Principios de UNIDROIT y ser n completados por la Ley del pa s X, o bien, Este contrato ser interpretado y ejecutado de acuerdo con los Principios de UNIDROIT. En todo aquello que no se encuentre reglado por los Principios se aplicar la ley del pa s X [8].

Consecuentemente con dicho principio, el art. 2.13 opta por un criterio de validez del contrato cuando no se precisan cuestiones tangenciales o secundarias que pueden ser integradas con base en los hechos o en el Derecho Aplicable [9].

Am n de esta cautela gen rica, salta a la vista es que los mismos Principios incluyen m ltiples referencias a los Derechos estatales y, en algunos casos, aut nticas referencias a normas de conflicto. En ciertos casos, se trata de cuestiones que quedan fuera del mbito de reglamentaci n de los Principios. As , en relaci n con el efecto obligatorio del contrato, el art. 1.3 ...no prejuzga los efectos que el contrato pueda tener frente a terceros bajo el Derecho Aplicable [10]. Esta exclusi n se recuerda con ocasi n del tratamiento del Derecho de Restituci n en caso de incumplimiento (art. 7.3.6.): al igual que los otros art culos de los Principios, el art. 7.3.6 trata de las relaciones entre las partes y no de los derechos que terceras personas puedan haber adquirido sobre los bienes en cuesti n. Deber determinarse conforme al Derecho Nacional Aplicable si, por ejemplo, un acreedor del comprador, el s ndico de la quiebra, o un adquirente de bue-

---

[8] P g. 17.

[9] P g. 48.

[10] P g. 10.

na fe pueden oponerse a la restituci n de los bienes vendidos [11]. Igualmente, se excluyen los supuestos de nulidad del contrato por incapacidad, falta de legitimaci n, inmoralidad o ilegalidad (art. 3.1)[12]. Asimismo, la validez de las cl usulas inmunes a la anulaci n total o parcial de un contrato (art. 3.17), tales como las de arbitraje, elecci n de fuero o elecci n de la ley aplicable, escapan hacia el Derecho Nacional: ...la norma de Derecho Interno que resulte aplicable determinar si dichas cl usulas contin an vigentes a pesar de la anulaci n del resto del contrato [13]. O se recuerda que el procedimiento de imposici n de una penalidad judicial (*punitive damage)* en virtud del art. 7.2.4. se rige por la *lex fori*[14].

En otras ocasiones, el Derecho Nacional es tratado como un elemento de hecho que ayuda a interpretar o integrar el sentido de algunos Principios, confiriendo a la conducta de las partes una distinta significaci n a tenor del modelo jur dico nacional en que acostumbren a operar. Por ejemplo, el art. 2.4 suscita la cuesti n de en qu medida la fijaci n de un plazo puede implicar un indicio irrevocabilidad t cita. A tal efecto, los Principios se alan que ...si el oferente opera dentro de un sistema jur dico donde el se alamiento de un plazo se considera un indicio de irrevocabilidad, se presume que al se alar un plazo el oferente tiene el prop sito de mantenerla irrevocable durante ese plazo. Si, por otra parte, el oferente opera en un sistema jur dico donde el se alamiento de un plazo para la aceptaci n no constituye indicio suficiente de irrevocabilidad, por

[11] P g. 207.

[12] Se ala el comentario a este precepto: Este art culo deja claro que no toda la materia de la invalidez del contrato contemplada en los sistemas jur dicos nacionales se incluye en el mbito de los Principios. Es el caso concreto de la falta de capacidad de las partes, falta de legitimaci n, inmoralidad o ilegalidad. La complejidad inherente a cuestiones relativas al estado de las personas, representaci n y orden p blico, como as tambi n el diverso tratamiento que reciben estas cuestiones en los ordenamientos nacionales aconsejan su exclusi n del mbito de aplicaci n de los Principios. En consecuencia, materias como la validez de los actos *ultra vires* , la legitimaci n de un mandatario para obligar a su mandante, la legitimaci n de los administradores para obligar a la sociedad y el contenido ilegal o inmoral de los contratos continuar n siendo materias reguladas por la ley aplicable .

[13] P g. 92.

[14] P g. 193.

lo general no se atribuir  al oferente la intenci n de mantener la oferta irrevocable durante dicho plazo [15]. De igual modo, la contemplaci n prospectiva del propio sistema nacional est  en la base de la caracterizaci n como sorpresivas de cl usulas de elecci n de ley aplicable o de fuero que se contienen en los ejemplos que ilustran el art. 2.20[16]. A su vez, los efectos sobre la validez del contrato de los supuestos de imposibilidad legal sobrevenida (art. 3.3) dependen directamente de si ...conforme al Derecho bajo el cual se ha dictado la prohibici n,  sta tiene el prop sito de invalidar o simplemente de impedir el cumplimiento del contrato [17]. De forma manifiesta, el error de Derecho (art. 3.4) se precisa a la luz de un ordenamiento estatal, y su incidencia es mayor en el tr fico externo ...debido a que las operaciones individuales pueden verse afectadas por un sistema jur dico extranjero con el cual una de las partes no se encuentra familiarizado [18]. El Derecho Estatal como hecho determinante aparece asimismo al valorar la diligencia de las partes en la obtenci n de autorizaciones p blicas a tenor del art. 6.1.14: La parte que debe solicitar la autorizaci n deber  tomar todas las medidas necesarias para obtenerla, pero no es responsable ni se obliga a obtener dicha autorizaci n. Dicha parte est  obligada a extremar todos los recursos disponibles conforme al Derecho Local, siempre y cuando cuente con suficientes posibilidades de  xito y que el ejercicio de dichos recursos sea razonable de acuerdo a las circunstancias del caso (v.gr., el valor de la operaci n, el tiempo empleado). Cu les son las medidas concretas que deber n ser tomadas depender  de las regulaciones pertinentes y de los recursos procesales disponibles en el Estado donde se debe otorgar la autorizaci n. Esta es una obligaci n de medios [19].

Pero b sicamente, los Principios UNIDROIT tienen que convivir con las normas imperativas de los Derechos estatales, entendiendo por ellas no las normas de orden p blico interno o simplemente inderogables por contrato, sino, m s estrictamente, las normas materiales imperativamente aplicable al tr fico externo, cualquier que sea la ley que rija el con-

---

[15] P g. 33.

[16] P g. 63.

[17] P g. 71.

[18] P g. 72.

[19] P gs. 146-147.

trato, o de orden p blico internacional. En efecto, el Pre mbulo de los Principios conciben su aplicaci n como fruto de la autonom a material, pero tambi n de la autonom a conflictual, como aut ntica *lex contractus*. Esta opci n, sobre la que abundaremos m s adelante, s lo parece realista si se reserva el correspondiente espacio al juego de las normas de intervenci n de origen estatal, pero tambi n de fuente internacional y supranacional. Este principio encuentra reflejo en el principio general contenido en el art. 1.4 de los Principios, bajo la r brica *reglas imperativas"*:

> Estos principios no restringen la aplicaci n de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado

El principio transcrito, m s all de su alcance general, se evidencia en algunas de las disposiciones y comentarios de los mismos Principios. As , el comentario al art. 1.1. (principio de la autonom a material y de la libertad contractual) precisa con claridad la incidencia de las normas estatales que restringen la libre competencia en virtud de intereses p blicos[20]. Frente al principio de libertad de forma recogido en el art. 1.2, se reconoce que este principio ...puede ser dejado de lado, obviamente, en virtud del Derecho Aplicable [...] Tanto el Derecho Nacional como los tratados internacionales pueden imponer requisitos esenciales de forma, bien sea al contrato en su conjunto, bien a sus cl usulas individualmente consideradas [21]. Al enunciar el principio *pacta sunt servanda* y el efecto vinculante de los contratos (art. 1.3), los Principios indican que ...requisitos adicionales para la celebraci n v lida de un contrato pueden encontrarse en las normas de car cter imperativo del Derecho Interno o Internacional Aplicable [22]. Al tratar el deber de confidencialidad (art. 2.16), se pondera que si el per odo en que no se debe divulgar una determinada informaci n es demasiado largo podr a contravenir las leyes aplicables que proh ben restricciones a las pr cticas comerciales [23]. Asimismo, se tiene en cuenta, al establecer que cada parte asume los gastos derivados del cumplimiento

[20] P g. 7.

[21] P g. 9.

[22] P g. 9.

[23] P g. 56.

de sus obligaciones (art. 6.1.11), las modificaciones que resultan de las legislaciones fiscales estatales designando a un obligado al pago distinto de quien debe asumir el gasto, con el consiguiente Derecho de Reembolso. Especialmente enjundiosa es la disposici n contenida en el art. 6.1.14 de los Principios en relaci n con las exigencias de autorizaciones publicas impuestas por la ley de un Estado como condici n de validez o l mite del cumplimiento del contrato. El comentario aclara que ...estos principios no se ocupan de la relevancia jur dica del requisito de obtener una autorizaci n p blica. Qu tipo de autorizaci n es necesario obtener, en el caso de que sea necesario, se determinar conforme al Derecho Aplicable, incluyendo las normas de Derecho Internacional Privado [24]. Y a aden: Los requisitos de autorizaci n p blica a los que se refiere este art culo son los que determina la ley aplicable o las regulaciones en vigor al momento de celebrarse el contrato. No obstante, estas disposiciones podr n tambi n aplicarse a las autorizaciones p blicas que pueden exigirse despu s de la celebraci n del contrato [25]. A su vez, al reglamentar las penas judiciales o *punitive damages*, el art. 7.2.4. prev que la sanci n sea satisfecha a la parte perjudicada por el incumplimiento contractual, salvo que las normas imperativas del Derecho del Foro dispongan otra cosa . Al respecto, los comentarios recuerdan que ...los ordenamientos jur dicos difieren respecto a si la pena judicial debe pagarse a la parte perjudicada, al Estado o a ambos. En algunos ordenamientos se considera el pago de la pena a la parte perjudicada como una d diva injustificada que es contraria al orden p blico. Este art culo rechaza este ltimo punto de vista y apunta a la par-

---

[24] P g. 143. Se a ade: Los tribunales nacionales tienden a reconocer los requisitos de autorizaci n p blica que son impuestos por la *lex fori*, y algunas veces los prescritos por la *lex contractus*. Los tribunales arbitrales pueden gozar de mayor discreci n que los tribunales judiciales nacionales para decidir las autorizaciones que deben obtenerse a los nes de la validez o ejecuci n del contrato. En virtud del art. 7.2 de la Convenci n de Roma y de otras normas de Derecho internacional privado, tambi n pueden ser relevantes los requisitos de autorizaci n p blica impuestos por la ley de otros Estados que tienen alguna relaci n con el contrato. Las normas de algunos ordenamientos jur dicos que son de aplicaci n extraterritorial (*long-arm statutes*) tambi n pueden establecer la necesidad de obtener una autorizaci n p blica por parte de licenciatarios o empresas subsidiarias localizadas en el extranjero. Este art culo establece la presunci n de que dichas solicitudes deben ser tramitadas conforme al Derecho aplicable .

[25] P g. 144.

te perjudicada como beneficiaria de la pena, pero la primera frase del inciso 2 expresa que las disposiciones de orden p blico del Derecho del Foro podr an impedir tal soluci n, indicando asimismo otros posibles beneficiarios de las penas judiciales [26]. Finalmente, las normas imperativas justifican la delimitaci n del r gimen de los intereses de restituci n contemplados en el art. 7.4.10, que ...no se ocupa del problema de los intereses compuestos, que conforme al Derecho Interno de algunos pa ses se encuentra sujeto a normas de orden p blico orientadas a proteger a la parte incumplidora [27].

En definitiva, los propios Principios contemplan expresamente diversos supuestos en que resulta preceptivo aplicar o tomar en consideraci n los derechos nacionales. Los hemos expuestos nicamente como recordatorio de una realidad que va mucho m s all de estos casos, como sugiere el alcance general del art. 1.4 de los Principios, y de sus propias lagunas y problemas interpretativos. Consecuentemente, s lo desde la ingenuidad o la ignorancia puede concebirse el funcionamiento de los Principios, y de cualquier proceso actual de unificaci n del Derecho Privado Material, sea blanda o dura, independientemente del juego complementario o restrictivo de los Derechos nacionales y del propio Derecho Internacional o Supraestatal. Bien es cierto que sus relaciones necesitan un enfoque bien diverso, y acaso opuesto, al propio de los siglos precederos, en que la localizaci n del Derecho Estatal era el principio y la intervenci n del Derecho uniforme el fen meno residual. Pero conviene llamar la atenci n sobre los l mites de un funcionamiento aut nomo de la *lex mercatoria*, entendida en un sentido amplio. As , preceptos como el art. 7 del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercader as procuran una integraci n e interpretaci n aut noma sobre la base de los principios generales que la sustentan, antes que recurriendo a los Derechos nacionales. En tal sentido, una de las funciones de los Principios UNIDROIT estar a dirigida a suministrar principios para colmar lagunas y facilitar la interpretaci n del Convenio. Pero no puede concluirse con ello que el papel residual de los Principios UNIDROIT elimine la necesidad de recurrir a los Derechos estatales. Como hemos visto, el propio Derecho Estatal constituye, a su vez, un elemento de aplicaci n e interpretaci n residual de los mismos Principios

[26] P g. 192.

[27] P g. 226.

## Fuentes Convencionales, *Lex Mercatoria* y *Soft Law*

**5.** La ineficiencia o insuficiencia del Derecho Estatal como medio de reglamentar las transacciones comerciales internacionales tambi n se ha predicado respecto de los convenios internacionales como medio de unificaci n del Derecho Material. Esta cr tica obedece en primer t rmino a que el mecanismo de adopci n de convenios internacionales se contagia de los mismos vicios que las fuentes estatales, al importar en realidad el juego de intereses estatales.

Ciertamente, en la mayor a de los casos, los mecanismos de unificaci n material se han basado en fuentes duras, de naturaleza convencional o legal, cuyo procedimiento de adopci n se ha mostrado costoso e ineficiente. Los procesos de elaboraci n de convenios internacionales no s lo ha sido protagonizado por los Estados, sino por Estados que han defendido en la medida de lo posible sus intereses culturales y la imposici n de su modelo jur dico. La adopci n del texto uniforme se ha basado en muchos casos en soluciones transaccionales que imped an una verdadera unificaci n (Derecho Ginebrino en materia de letra de cambio o cheque)[28], e incluso en los pocos textos que pueden considerarse exitosos (Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercader as[29] o convenios relativos al sector de los transportes o la propiedad industrial e intelectual) no faltan las lagunas y disparidades interpretativas que reflejan la guerra de modelos jur dicos que tuvo lugar durante su dif cil y largo proceso de adopci n.

M s que la autorregulaci n de los operadores (*lex mercatoria stricto sensu)*, esta es la raz n esencial arg ida para defender una unificaci n internacional del Derecho Mercantil *soft*, como la que representan los Principios UNIDROIT, con frecuencia indebidamente identificados como un producto de la *lex mercatoria.*

**6.** En efecto, la *lex mercatoria* se nutre esencialmente de las pr cticas comerciales y c digos de comportamiento elaborados por los propios

[28] *Vid.* al respecto nuestras consideraciones en *Derecho aplicable al cheque en el comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, esp. pp. 60-65.

[29] *Vid.* G. G. Letterman, *Unidroit's Rules in Practice (Standard International Contracts and Applicable Rules*), La Haya, Kluwer, 2001, pp. 25 y 259-263.

operadores del comercio internacional. A partir de la experiencia de los servicios jur dicos de empresas con vocaci n transnacional, particularmente lideradas por compa as norteamericanas, y sobre la propia base del d ficit de armonizaci n internacional, estas pr cticas generan un cierto grado de armonizaci n, sobre todo, de las pr cticas contractuales[30]. Sin lugar a dudas, los Principios UNIDROIT se nutren en buena medida de estas pr cticas, pero no menos que se inspiran en soluciones propias de distintos Derechos estatales. Muchas de sus respuestas, adem s, novedosas o tributarias de un sincretismo innovador. De ah que los Principios, como t cnica de unificaci n *soft* (no imperativa o directamente vinculante)[31], supongan en realidad un punto de encuentro muy potente entre la *lex mercatoria* —hasta el momento bastante inconsistente, indefinida y circunscrita al entorno arbitral— y la codificaci n en sentido tradicional[32]. Su mayor depuraci n t cnica, fruto a la vez de la independencia y de la preparaci n de sus creadores, permiten salvar con mayor xito algunas de los inconvenientes m s cl sicos de la unificaci n del Derecho Privado contractual (*ad. ex.* la concurrencia de la causa de los contratos), y se muestran m s inteligentes al medio y largo plazo, flexibles y plurifuncionales. Seguramente algunos dir an que, frente a la codificaci n tradicional (*hard*, moderna y machista), las nuevas t cnicas de armonizaci n *soft* son m s postmodernas o femeninas. Nosotros nos contentamos con afirmar que son, simplemente, m s adecuadas a la realidad hist rica.

**7.** Por otra parte, los convenios internacionales o codificaci n *hard* comparten con las fuentes estatales otro de los inconvenientes, que acaso

---

30 *Vid.* especialmente P. A. De Miguel Asensio, El Derecho internacional... , *loc. cit.*, pp. 59-60.

31 Se tratar a del concepto m s general de *creeping codification" o "schleichende Kodifikation"* empleado por K. P. Berger (*Vid. Formalisierte oder "schleichende" Kodifizierung des transnationalen Witschafsrechts*, Berl n, Walter de Gruyter, 1996, esp. pp. 194-209).

32 No les falta raz n a quienes, como A. von Ziegler, resaltan la falta de participaci n de los operadores en la redacci n de los Principios UNIDROIT (b sicamente acad micos), hecho que puede redundar en su discreta acogida en la pr ctica comercial. Este defecto ser a el que justi car a el fracaso de normativas como las Reglas de Hamburgo de 1978 en el mbito del transporte mar timo (*vid.* Particularities of the Harmonisation and Uni cation of International Law Trade and Commerce , *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2000, pp. 879 y 881-883, esp. nota 38»).

en su d a pudiera ser apreciado como un valor, a saber, su rigidez y petrificaci n. No es necesario insistir en el sentido pol tico conservador de las codificaciones decimon nicas, como establecimiento y fijaci n de un nuevo orden social nacido de la revoluci n burguesa. Pero adem s, desde el punto de vista de la t cnica legislativa, es indudable que el procedimiento de celebraci n de los convenios internacionales padece una rigidez y complejidad poco compatible con la necesidad de adaptar las normas a las cambiantes demandas de la realidad del mercado, con rapidez y flexibilidad. En muchas ocasiones, el laborioso procedimiento de discusi n y adopci n de un convenio internacional, seguido de las condiciones rigurosas para que llegue a entrar en vigor, hacen que cuando el convenio resulte aplicable ya haya quedado obsoleto. Hacer que una buena parte del convenio sea disponible para las partes, ablandar el convenio, en suma, no facilita su digesti n ni su utilidad cuando resulta desbordado por la realidad.

No debe, sin embargo, minusvalorarse el empe o de los intereses estatales y de buena parte de la doctrina por endurecer el propio *soft law*. Al igual que siempre ha existido el procedimiento de legitimaci n o estatalizaci n de la *lex mercatoria*, mediante su incorporaci n a convenios internacionales o leyes estatales, no faltan actualmente los intentos de convertir o, mejor dicho, pervertir los logros del *soft law* mediante su conversi n en *hard law*. Esta tendencia es particularmente visible para la suerte de los Principios de Derecho Contractual europeo elaborados por la Comisi n Lando (PECL). Los PECL siguen la senda de los Principios UNIDROIT. Sus conceptos abiertos y su flexibilidad constituyen una opci n por la equidad, frente a la legalidad, y son representantes de un talante dial gico, tendente muchas veces, al igual que los principios UNIDROIT, a establecer condiciones de di logo y crear un l xico com n , sobre unos presupuestos muy diferentes al af n de sistematizaci n y a la tendencia a la codificaci n tradicional que generalmente han presidido las propuestas europeas hacia un Derecho Privado nico[33]. En este sentido son un claro exponente de *soft law* y en tal medida responden a la naturaleza de un *restatement*, pues no se trata de disposiciones adoptadas por el legislador

[33] *Cf.* las re exiones sobre este modelo, en relaci n con el Derecho privado europeo , en R. Hyland: The American Restatement and the Uniform Comercial Code , *Towards a European Civil Code*, 2» ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 55-70. Reconociendo su inter s preparatorio, pero rechazando su virtualidad como t cnica de uni caci n del DPE, en raz n de su

estatal o convencional, ni est n en vigor en sentido propio[34]. A pesar de que esta naturaleza resulta expresa en su art. 1.101, en los mismos Principios se incluye (p. xxiii) el objetivo de constituir el n cleo b sico del futuro C digo Civil europeo, lo cual no deja de ser parad jico[35]. El propio Lando lo ha se alado infinidad de veces[36]. La paradoja radica fundamentalmente en que la pretendida codificaci n, endurecimiento o conversi n en *hard law* de los PECL implicar a la p rdida de lo mejor que  stos pueden ofrecer en la hora actual: su versatilidad, su capacidad para adecuarse a la

---

incapacidad para resolver la inseguridad y la complejidad, P. Ch. M ller-Graff,  EC-Directives as a Means of Private Law Uni cation , *Towards a European Civil Code*, 2» ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 79-80. Por su parte, H. K tz pone de mani esto la di cultad de trasladar a Europa el modelo del *restatement* norteamericano, excesivamente casu stico incluso para una mentalidad como la inglesa (*cf.*  Gemeineurop ischen Zivilrecht , *Festschrift für Konrad* Zweigert, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1981, pp. 495-496).

34 Evidentemente, en otro sentido, los Principios UNIDROIT y los PECL presentan, frente a los *restatements* norteamericanos, un rasgo diferenciador que tiene que ver con su propio proceso de elaboraci n y su peculiar  nalidad. Los *restatements* norteamericanos suelen ser un compendio de la jurisprudencia y de las soluciones pr cticas ya existentes en un sistema jur dico. Trata de recoger y ordenar esa pr ctica, pero carece de la creatividad de los PECL. En efecto,  stos se nutren de la experiencia comparada de los sistemas representados para crear una realidad legal nueva y distinta, por m s que las distintas normas u opciones puedan haberse decantado o inspirado, seg n lo casos, con mayor o menor intensidad, en un sistema o varios sistemas jur dicos concretos (*Vid.* M. J. Bonell,  Verso un codice europeo dei contratti? , *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 181-183; J. Basedow,  Codi cation of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid , *E.R.P.L.*, 2001, pp. 39-40; R. Michaels,  Privatautonomie und Privatkodi kation. Zu Anwendbarkeit ung Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipen , *RabelsZ*, 62 (1998), pp. 584-588; K. P. Berger, *op. cit.*, pp. 150-151). Para C. Castronovo ( Il diritto europeo delle obligazioni e dei contratti. Codice o *restatement*? , *Europa e diritto privato*, 1998-4, p. 1023) es precisamente all  donde radica una diferencia esencial entre la obra europea y los *restatements*, ya que mientras  stos toman los datos que ya existen, aqu lla ha estado animada desde un principio por  una perspectiva de futuro, no una perspectiva de pret rito .

35 M. J. Bonell,  Verso un codice... , *loc. cit.*, p. 171, expresa la perplejidad que esta idea ha suscitado desde el mismo momento de plantearse por vez primera.

36 *Ad. ex. cf.*  Principles of European Contract Law , *A.J.C.L.*, vol. 40, 1992, p. 577;  Why Codify the European Law of Contracts , *E.R.P.L.*, 1997, p. 534;  The Principles of European Contract

continua evoluci n, flujo y reflujo de las tendencias de reglamentaci n en materia contractual[37].

Ello no impide que, en materias distintas el r gimen general de los contratos, la unificaci n internacional deba realizarse a trav s de mecanismos convencionales m s tradicionales, a trav s de fuentes duras. Esto es particularmente cierto cuando se trata de establecer un marco de tutela judicial efectiva de alcance transnacional, donde son precisas normas convencionales de alcance procesal dirigidas, singularmente, a la eficacia extraterritorial de las decisiones y a establecer un marco m nimo de garant as procesales[38]. M s all  de un marco puramente convencional, tampoco debe olvidarse que la unificaci n internacional del Derecho P blico Econ -mico y de las normas de direcci n econ mica, singularmente las que regu-

---

Law after Year 2000 . *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, p. 70; Die Reglen des Europ ischen Vertragsrechts , *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2» ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 572. *Vid.* asimismo D. Tallon, Les travaux de la Commission Lando , *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, 2000, pp. 119-125. Por su parte, C. Castronovo estima que tales principios son, en realidad, normas (*vid.* I principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II , *Europa e diritto privato*, vol. 2, 2000, pp. 249-252). De hecho, semejante caracterizaci n ha dividido a los propios padres de los principios, dividiendo incluso a los propios representantes del sistema italiano, J. Bonell y C. Castronovo, cuyos pareceres aparecen claramente contrapuestos en un intercambio directo de opiniones, el primero a favor de su consideraci n como *restatement*, el segundo m s cercano a la tesis de O. Lando en torno a su consideraci n como C digo. Bien es cierto que la tesis de C. Castronovo se asienta sobre un postulado muy formalista y discutible, al que ya hemos hecho referencia: que un *restatement* es, por de nici n, un compendio que racionaliza lo que ya existe, en tanto que los Principios son una apuesta creativa e innovadora de futuro (*cf.* J. Bonell, Verso un Codice... , *loc. cit., passim.*; C. Castronovo, Il diritto europeo... , *loc. cit., passim.*). En la misma direcci n de C. Castronovo, en el sentido de contraponer la idea de un *restatement* compendio de jurisprudencia a la de los Principios, constitutivos de un nuevo sistema, puede citarse a G. Gandol , Per un Codice europeo dei contratti , *Rivd. trim. dr. proc. civ.*, p. 785; Id.: Sul progetto de un codice europeo dei contratti , *Diritto privato communitario (a cura di Vito Rizzo)*, vol. I, N poles, Edizioni Scienti che Italiane, 1997, p. 283).

37 La alternativa *soft* o desde abajo a la comprensi n de los PDCL como *hard law"* defendida por O. Lando aparece expuesta con claridad por K. Riedl, The Work of the Lando Commission from an Alternative View-Point , *ERPL*, 2000, pp. 71-83, esp. 79-81.

38 *Vid.* en este sentido P. A. De Miguel Asensio, El Derecho internacional.... , *loc. cit.*, pp. 65-66.

lan la libre competencia, resulta m s que aconsejable para eliminar los obst culos que derivan de la pluralidad de reg menes estatales. En este caso, es indudable que se trata de una acci n que s lo puede ser emprendida a trav s de mecanismos de cooperaci n interestatal, de naturaleza convencional o, m s propiamente, institucional, en un marco como el de la OMC.[39]

## III | Globalización y regionalismo en la unificación del Derecho Comercial

**8.** Una circunstancia que viene asimismo a desautorizar el mecanismo de los convenios internacionales para lograr la unificaci n internacional del Derecho Mercantil en un mercado global, deriva de los obst culos que impone el regionalismo al desarrollo de este tipo de fuentes, y que se evidencia, por ejemplo, en el fracaso de la mundializaci n de un convenio sobre reconocimiento y ejecuci n de decisiones. Una de las causas esenciales del fracaso de este convenio radica en la propia participaci n en los foros de codificaci n internacional de los Estados miembros de la Uni n Europea actuando como un bloque. Aunque esta actitud ser a muy bienvenida y positiva para Europa —y posiblemente para el resto del mundo— en materia de pol tica exterior o en foros como las Naciones Unidas, lo cierto es que s lo se produce en el  mbito de la codificaci n internacional del Derecho Privado, lastrando muchas veces la mundializaci n o internacionalizaci n de ciertos convenios. La asunci n de competencias exteriores por parte de la Comunidad Europea, constri endo los poderes de los Estados miembros en la celebraci n de tratados internacionales, no s lo es una de las cuestiones m s candentes de la integraci n jur dica europea[40], sino un obst culo que puede condicionar seriamente la suerte

[39] *Vid.* P. A. De Miguel Asensio,  El Derecho internacional... , *loc. cit.*, pp. 74-75; A. Monta a Mora,  Posibles modelos para la regulaci n de la competencia en la Organizaci n Mundial del Comercio , *REEI*, 2001/2, www.reei.org/reei2/Mora.PDF. *Vid.* sobre las di cultades de armonizaci n en sede OMC y las alternativas sobre la armonizaci n del Derecho de la competencia J. Basedow,  General Report , *Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization*, La Haya, Kluwer, 2002, pp. 55-62.

[40] *Vid.* especialmente A. Borr s Rodr guez,  Derecho internacional privado y Tratado de  msterdam , *R.E.D.I.*, vol. LI, 1999/2, pp. 383-426; B. He?,  Die Europ isierung des internationalen

de la codificaci n internacional. Pero, con todo, este es s lo uno de los efectos negativos del regionalismo sobre la suerte de los mecanismos convencionales, afectada por otros males. El regionalismo tambi n es un riesgo para las t cnicas m s modernas y prometedoras, amparadas en soluciones blandas.

**9.** Tomando nuevamente como ejemplo el regionalismo europeo, la consideraci n de los PECL como un embri n del Derecho Contractual europeo plantea dos cr ticas o dudas fundadas, a las que tampoco escapan dif cilmente en su consideraci n como *soft law.* Ambas se suscitan al hilo de sus relaciones con los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales[41]. Independientemente de la impresi n que se tenga sobre la mayor o menor bondad de uno u otro *restatement*, cabe preguntarse sobre la conveniencia de un *restatement* regional, y su eventual efecto contraproducente respecto de la universalizaci n que pretenden los principios UNIDROIT. Aunque entre ambos textos hay muchas concomitancias, lo cierto es que tambi n hay singulares diferencias[42]. El tratamiento de este problema debe ponerse en relaci n con los distintos mbitos de aplicaci n de cada una de las codificaciones, m s que con su propia diversidad material. Frente a los Principios UNIDROIT, los PECL presentan un mbito de aplicaci n material m s extenso, pues pretenden ser aplicados a los contratos de consumo. En segundo t rmino, mientras los principios UNIDROIT se aplican exclusivamente a los contratos internacionales, los PECL tienen por objetivo adicional la unificaci n del Derecho

Zivilprozessrechts dem Amsterdamer Vertrag — Chancen und Gefahren , *NJW*, 2001/1, pp. 30-32.

41 Casi desde el momento mismo de la publicaci n de la obra de UNIDROIT y de la Primera Parte de la europea comenzaron a publicarse trabajos comparativos. *Vid.* A. S. Hartkamp, The UNIDROIT Principles for International Comercial Contracts and the Principles of European Contract Law , *E.R.P.L.*, 1994/2, pp. 341-357, donde tras la comparaci n de ambos textos y del C.c. holand s se concluye que los Principios de la Comisi n Lando son t cnicamente superiores. *Vid.* tambi n R. Zimmermann, Konturen eines Europ ischen Vertragsrechts , *JZ*, 1995, pp. 477-490.

42 *Vid.* M. J. Bonell, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes? , *Uniform Law Rev.*, 1996, pp. 235-236.

Contractual europeo en el plano interno. Si planteamos la utilidad de los PECL en relaci n con los contratos comerciales internacionales, parece claro que su adopci n provoca una regionalizaci n poco aconsejable, que acaba cantonalizando el Derecho Contractual europeo y perjudicando la contrataci n extracomunitaria y la armonizaci n internacional del Derecho de los contratos, cuyas exigencias de eficiencia puede ser tan relevantes o m s que las propiamente intracomunitarias. Es cierto, entonces, que los Principios UNIDROIT no atienden, como se ala el propio O. Lando, a las necesidades de la integraci n, por lo que, a efectos intracomunitarios, tal vez podr a seguir defendi ndose una profundizaci n de la unificaci n del Derecho Contractual europeo, tanto para situaciones intracomunitarias como internas[43].

Pero surge de esta reflexi n una segunda incertidumbre: si nos referimos al sector de la contrataci n comercial internacional, entre operadores profesionales, parece claro que la autonom a de la voluntad, el mayor conocimiento del mercado, la asunci n de los costes de informaci n y las propias necesidades de ese mercado aconsejan una menor intervenci n y descartan la propia unificaci n, a favor de soluciones m s flexibles y de una disponibilidad o concepci n *soft* de los Principios, m xime si siempre cabe la posibilidad, en cualquiera de los dos reg menes, de la incidencia de las normas nacionales y comunitarias de inter s u orden p blico. En esta tesitura, parecer a m s razonable impedir la duplicidad de reg menes, regional y universal, y m s aconsejable centrar los esfuerzos en el dise o de un modelo de principios universales como los Principios UNIDROIT. En contrapartida, la unificaci n como exigencia para la integraci n, y como necesidad para construir un sistema de Derecho Contractual, seguir a siendo vital en el mbito de las operaciones de consumo, precisamente donde el Derecho Privado Comunitario ha ido alumbrando los mayores problemas. En tal sentido, los PECL cobrar an sentido, respecto de los principios UNIDROIT, como un sistema m s restringido de Derecho europeo de los contratos de consumo. La propuesta tiene sentido doblemente, pues no deja de resultar delicado que un mismo cuerpo o parte general de Derecho de los contratos vaya a servir indistintamente para los contratos de consumidores y para los contratos comerciales. Llegados a

[43] *Vid.* O. Lando, European Contract Law , *A.J.C.L.*, vol. 31, 1983, pp. 655-656.

esta conclusi n, un C digo Europeo del Consumo, extensible no s lo a las obligaciones contractuales, sino a otros sectores tales como la responsabilidad por da os o la publicidad enga osa, aparece como una opci n con mayor base jur dica en las pol ticas comunitarias actualmente existentes, y cuya implantaci n desde arriba encontrar a mayores argumentos. En contrapartida, defender la vigencia de los PECL y de los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, sobre todo si se conf a ingenuamente en una identidad que s lo es parcial, significa hacer un flaco favor a la seguridad y eficiencia de los intercambios internacionales y, en suma, a la causa de la unificaci n internacional del Derecho Comercial, entendida como unificaci n global.

10. En suma, la relaci n complementaria del regionalismo como instrumento de la globalizaci n econ mica no se reproduce en el mbito del Derecho Privado. Si la eliminaci n de los obst culos impuestos por el Derecho Econ mico a escala regional puede redundar el bien de la globalizaci n[44], no parece que el mismo efecto de pueda predicar del regionalismo cuando propone una armonizaci n del Derecho Mercantil de alcance puramente regional. En este caso, la multiplicidad de referencias puede perjudicar la eficiencia de los intercambios comerciales y provocar costes de informaci n y efectos disuasorios parecidos a los genera la pluralidad jur dica estatal[45].

## IV | El papel de las técnicas conflictuales

### Necesidad de una superación de las soluciones conflictuales

11. El siglo XX, al tiempo que lleva a la quintaesencia las teor as del Derecho basadas en la idea de Estado (H. Kelsen), inicia la crisis del propio Estado esencialmente como formula jur dica, a trav s de procesos de integraci n econ mica, jur dica y pol tica que no hacen m s que testificar

[44] *Vid.* J. C. Fern ndez Rozas, *op. cit.,* pp. 58-63.

[45] Comparte esta re exi n P. A. De Miguel Asensio, Algunas tendencias... , *loc. cit.*, p. 68; C. Kessedjian, Un exercice de r novation des sources du droit des contrats du commerce international: les Principes propos s par l Unidroit , *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 668-670.

la propia evoluci n de la humanidad y el empeque ecimiento del planeta ante el imparable desarrollo de las comunicaciones y de las tecnolog as. Este simple hecho bastar a para desmitificar un procedimiento de reglamentaci n o toda una concepci n del Derecho Internacional Privado que conocemos como  conflictual . En definitiva, y al margen de otras cr ticas tradicionales en torno a su neutralidad, rigidez o generalidad, el hecho de resolver cuestiones transfronterizas a trav s de la aplicaci n de un Derecho Nacional repugna en s  mismo una visi n m s cosmopolita o globalizadora acorde con las necesidades palpables en el siglo XXI[46].

Admitido lo anterior, resulta m s dif cil prescindir del m todo que criticarlo, pues la alternativa razonable al Derecho Conflictual no puede ser otra que una unificaci n material del Derecho Privado a escala universal, al menos v lida para regir las situaciones transfronterizas. Y es lo cierto que, hoy por hoy, en el  mbito del comercio internacional a n no se ha conseguido prescindir de forma significativa de la aplicaci n de un Derecho Nacional como recurso para resolver las controversias jur dicas internacionales. Las razones para explicar la resistencia de las soluciones conflictuales son diversas. Adem s del tradicional conservadurismo de los sistemas jur dicos y de las doctrinas que los amparan, es preciso destacar la raigambre de las diversas culturas jur dicas nacionales y, de modo particular, la tortuosa convergencia entre el *common law* y los sistemas romanogerm nicos. Vinculado al hecho de la diversidad cultural, la unificaci n del Derecho Material sufre de forma singular los inconvenientes de la diversidad ling  stica y la dificultad de proporcionar cauces eficientes de interpretaci n uniforme, inconvenientes que eluden las soluciones conflictuales tradicionales. Pero, sobre todo, la pervivencia del m todo conflictual se debe, m s que a sus m ritos, a los dem ritos que han ido acumulando los procesos de unificaci n emprendidos durante el siglo XX.

La segunda circunstancia destacable aparece referida a los procesos de integraci n econ mica y jur dica supranacionales, cuyo mejor exponente es la Uni n Europea. En una fase avanzada de la integraci n, la disoluci n de los Derechos nacionales sucede a la disoluci n original de las

[46] Desde un enfoque m s cl sico, no faltan, sin embargo, estudios partidarios de una comprensi n del Derecho con ictual y de la norma de con icto en clave de globalizaci n econ mica, partiendo b sicamente de la e ciencia de las conexiones y foros de competencia (*vid.* J. Carrascosa Gonz lez, *Globalización y Derecho internacional privado*, liberlibro.com, sin fecha).

fronteras aduaneras, suscitando dificultades singulares, pero, sobre todo, asignando a las t cnicas conflictuales un papel harto diferente.

Pero en ambos escenarios, regional y universal, la cuesti n de la unificaci n del Derecho Material y la sustituci n del m todo conflictual plantea en realidad la misma cuesti n crucial, a saber, hasta qu  punto las necesidades econ micas, comerciales, sociales o la mera justicia avalan una respuesta uniforme, y en qu  medida dicha respuesta es no s lo factible, sino deseable y proporcionada al esfuerzo y al abandono de las idiosincrasias nacionales. Se trata de sopesar valores de muy distinta naturaleza y gravedad diversa seg n la materia, los intereses, el contexto geogr fico, el alcance de la propia unificaci n y el grado de diversidad real de los sistemas jur dicos, para lo que no existe una f rmula matem tica.

12. No puede olvidarse, empero, la corriente de pensamiento que, como se alamos al comienzo, defiende la eficiencia de la pluralidad de ordenamientos jur dicos estatales en un mercado globalizado. La unificaci n, sobre todo si viene impuesta desde arriba (*hard law*), acaba entorpeciendo una saludable competencia o competitividad entre ordenamientos, que en el mercado global puede venir ordenada merced a la autonom a conflictual, esto es, la posibilidad de las partes en orden a elegir el Derecho Estatal m s atractivo y competitivo. En t rminos de eficiencia, lo m s aconsejable resulta, precisamente, la competencia entre ordenamientos, que requiere cierta libertad a la hora de configurar las reglas que rigen en el mercado y el Derecho de sociedades, contratos, responsabilidad no contractual o derechos reales[47]. Se trata de una idea que ha gozado de

---

[47] *Vid.* N. Reich,  Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law? , *CMLR*, 1992, p. 861; J. Trachtmann,  International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction , *Harvard Int. L. Rev.*, 1993, p. 47. En palabras de la propia Comisi n europea,  el mercado crea con frecuencia problemas de inter s p blico, pero desarrolla tambi n sus propias soluciones. No se deber a subestimar la e cacia del mercado para responder a los distintos valores sociales y a la opini n p blica. A resultas del comportamiento competitivo, muchos de los problemas generados por el mercado se pueden resolver autom ticamente gracias a la presi n que ejercen los grupos de inter s afectados (consumidores, ONG, empresas). Las autoridades p blicas pueden aumentar la convergencia del inter s p blico y privado  (Comunicaci n al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, *D.O.C.E.*, 2001/C 255/01, n m. 49). Estas consideraciones est n en la base de la propia opci n I (inac-

cierto predicamento al hijo de la unificaci n del Derecho Privado en Europa[48]. Al amparo de las libertades comunitarias y de la regla de reconocimiento[49], las competencias estatales desatan una competitividad con el objeto de hacer m s atractivo un determinado mercado, lo que, a la postre, conduce a carreras entre sistemas jur dicos hacia un modelo menos proteccionista y, por tanto, m s eficiente para el comercio intracomunitario. Es lo que algunos han denominado eficiencia de la diversidad [50].

El planteamiento resulta muy discutible, sobre todo si lo que se analiza es el Derecho Privado, menos permeable que el Derecho P blico

tividad de la Comunidad), sustentada en su respuesta a dicha Comunicaci n por el gobierno brit nico, la London Investment Banking Association , el European Publishers Council , la CCI y un buen n mero de operadores econ micos, en especial en el sector mar timo y de telecomunicaciones.

48 *Vid.* E.M. Kieninger, *Wettbewerb des Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tubinga, JCB Mohr, 2002; U. Blaurock, Europ isches Privatrecht , *J.Z.*, 1994/6, p. 272; H. Collins, European Private Law and the Cultural Identity of States , *ERPL*, 1995, p. 355; S. Leible, *Wege zu einem europäischen Privatrecht*, policop., 2001, ⁄ 9.A.IV; O. Sandrock, Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland-Europa-und die Welt , *J.Z.*, 1996/1, p. 7.

49 No parece de recibo, en todo caso, hacer valer la competencia de ordenamientos como consustancial a la regla de reconocimiento. Al contrario, resulta m s l gico entender que la regla de reconocimiento aboca precisamente a la armonizaci n como proceso de racionalizaci n (*cf.* H. W. Micklitz, Perspektiven eines Europ ischen Privatrechts (*ius commune praeter legem?*) , *ZEuP.*, 1998, p. 253).

50 *Vid.* U. Mattei, A Transaction Costs Approach to the Europe Code , *E.R.P.L.*, 1997, p. 538. El ejemplo pr ctico con frecuencia aducido para defender la diversidad jur dica y la competitividad entre ordenamientos es, precisamente, el principal mercado competidor de Europa: el sistema jur dico de los Estados Unidos, donde existe una diversidad jur dica que es explotada por pol ticos y juristas para vender los atractivos del mercado de un determinado Estado, como puede ser el paradigma de Delaware en materia de sociedades, y que conduce de forma natural a la desregulaci n (*Cf.* J. Herman, L exp rience des Etats-Unis d Am rique. Concurrence au pays des micro-brasseries: la gestion des transactions pluri- tatiques aux Etats-Unis , *Le droit privé européen*, Paris, 1998, p. 156; H. K tz, A Common Private Law for Europe: Perspectives for the reform of European Legal Education , *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Kluwer, 1992, p. 34. M. Zuleeg, Rechtsangleichung innerhalb und ausserhalb der Europ ischen Gemeinschaft , *ZEuP.*, 1998, pp. 515-517). Para algunos autores, sin embargo, el modelo de diversidad jur dica norteamericano no resulta extrapola-

a la necesidad de competitividad[51]. En efecto, la competencia entre ordenamientos jur dico-p blicos ante los particulares, puede resultar acaso eficiente (atractivos fiscales, societarios, etc.) y aceptada en sectores del Derecho Econ mico como el Derecho de sociedades o el Derecho Fiscal, en donde las ventajas son f cil y directamente cuantificables y previsibles, sin grandes costes de informaci n. Pero, por definici n, la competencia de ordenamientos resultar a contraindicada, sino imposible, en el mbito contractual, cuando enfrentamos a dos particulares, pues siempre existir n sistemas jur dicos distintos que beneficien a cada una de las partes, racionales y ego stas, por lo que un Derecho acordado por ambos entra ar a indefectiblemente un enga o por la parte mejor informada, y una comprensible desconfianza generalizada. Por otra parte, refleja una profunda contradicci n desde el ngulo del an lisis econ mico del Derecho, toda vez que uno de los argumentos esenciales a favor de la unificaci n proviene asimismo de tales planteamientos, particularmente en la medida en que cifran la diversidad de ordenamientos jur dicos en costes externos de informaci n y en causa de falseamiento de la competencia, que la armonizaci n esta llamada a internalizar o eliminar[52]. La cr tica definitiva, sin embargo, la proporciona la propia realidad pr ctica, m s que las teor as. Ni la fantas a m s hollywoodiana es capaz de imaginar a los contratantes del comercio internacional con pleno conocimiento de la diversidad de los Derechos privados estatales, haciendo apuestas sobre el m s competitivo para regir el contrato y acaso juzgando las m ltiples posibili-

▶

ble a Europa. P. C. M ller-Graff advierte que pese a la diversidad legislativa, el Derecho privado norteamericano presenta elementos de unidad inexistentes en Europa, a saber, la disciplina de los *uniform codes* y la in uencia, t pica del *common law,* de la *persuasive authority* jurisprudencial del *restatement*, la doctrina com n, una ense anza com n basada en id nticos textos y *case-books* (*Cf.* Diritto privato comunitario. Realt in Germania e prospettive per l Europa , *Diritto privato comunitario*, N poles, 1997, p. 27). El argumento, discutible en s mismo en algunos puntos, con rma, sin embargo, la realidad de que el mercado norteamericano presenta una unidad jur dica *soft*, en ning n caso ordenada desde arriba , y tampoco oculta el hecho de que en dicho mercado existe una competencia efectiva entre ordenamientos jur dicos, que se erige como clave del sistema.

51 *Vid.* en este sentido J. Basedow, Un droit commun des contrats pour le march commun , *RIDC*, 1998/1, pp. 20-21.

52 *Vid.* en particular S. S nchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares. 2002, pp. 145-159.

dades de *dépeçage*. Incluso en esa fantas a habr a que analizar cu l ser a el coste real del mantenimiento y actualizaci n de semejante informaci n para un operador t pico. Quienes partan de algo semejante como una premisa tal vez conciban las relaciones jur dicas y la ciencia del Derecho como un puro juego, pero la realidad con la que juegan tiene poco de l dica y se traduce en necesidades y costes reales. La prosaica pr ctica aparece perfectamente resumida en la siguiente reflexi n de G.G. Letterman:

La unificaci n (*internationalization)* facilita las negociaciones contractuales y los acuerdos acerca de ciertas cuestiones auxiliares (particularmente la elecci n de fuero y de Derecho Aplicable) cuando las partes tienen distintas nacionalidades. Siempre ha sido pr ctica habitual que cada parte insista en la aplicaci n de su propio Derecho Nacional. En muchos casos tal insistencia no refleja una elecci n basada en el examen minucioso de los diferentes sistemas legales de cada una de las partes. Habitualmente, la parte que insiste en la aplicaci n de su propio Derecho ignora completamente el contenido y naturaleza de las leyes y sistemas jur dicos de las otras partes contratantes. Esa parte simplemente conoce su sistema jur dico y se siente c moda con l. Cuando m s de una parte insiste en que debe escogerse su propia ley, a menudo se producen graves demoras en la negociaci n y no es infrecuente que se llegue a frustrar el contrato. Semejante punto muerto es contraproducente para todas las partes implicadas. Es fruto de la ignorancia que lleva a una insistencia enfermiza en adoptar un sistema jur dico familiar, sin importar en qu medida los detalles de tal sistema jur dico y su aplicaci n al contrato en cuesti n contrastan con el sistema jur dico propuesto por la otra parte. Para contrarrestar este innecesario *impasse* en la negociaci n, debe hallarse un compromiso entre la insistencia de cada parte acerca de uno, dos o m s sistemas legales estatales en competencia. Para que sea un acuerdo factible, el sistema legal finalmente pactado debe ser familiar y aceptable para todas las partes, siendo pr ctica habitual acabar por escoger el sistema legal de un tercer Estado, como el de Inglaterra o Nueva York [53].

---

[53] *Vid. op. cit.,* pp. 4-5.

## La función residual de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación global: la autonomía conflictual mercatoria

13. La referencia a un Derecho Estatal puede jugar un papel complementario o residual de cierta relevancia, no s lo para integrar aquellas lagunas del Derecho Uniforme que no quepa rellenar mediante desarrollo judicial o conceptos aut nomos del Derecho Uniforme[54], o para determinar la interpretaci n a seguir en caso de duda sobre el alcance del texto uniforme[55]. Adem s de estas funciones generales, el recurso a un Derecho Estatal puede responder a necesidades y objetivos m s singulares, como pone de relieve las referencias a los Derechos estatales contenidas en los Principios UNIDORIT, que hemos analizado m s arriba. Pero, en todo caso, la incidencia del Derecho Estatal reclamado a trav s de t cnicas conflictuales debe jugar un papel tan residual como complementario de la armonizaci n material. Para que esto sea as , resulta imprescindible revisar los t rminos cl sicos de la relaci n entre autonom a conflictual y material, y avanzar hacia una aut ntica *autonomía conflictual mercatoria* [56].

14. A pesar de la funci n esencial que la autonom a conflictual cumple en el comercio internacional, existe la extendida convicci n de que las partes  nicamente pueden elegir un Derecho Estatal. P. Lagarde, uno de los relatores del Convenio de Roma, atribuye dicha limitaci n al art. 3 del Convenio, que no permite a las partes la designaci n de la *lex mercatoria*, los Principios UNIDORIT o cualquier otro sistema jur dico no estatal, como ley rectora del contrato[57]. Este criterio ha contagiado incluso el tenor de la *Resolución del Instituto de Derecho Internacional de Basilea de 31 de agosto de 1991*, al dejar fuera de la autonom a conflictual la *lex mercatoria*[58],

---

[54] *Anwendungsergänzende Funktion* en la terminolog a de J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht (Allgemeine Lehren)*, Tubinga, 1975, pp. 197-204.

[55] *Anwendungsbestimmende Funktion*, *ibíd..*, pp. 184-197.

[56] *Vid.* m s extensamente F. K. Juenger y S. S nchez Lorenzo,  Con ictualismo y Lex Mercatoria en el Derecho internacional privado , *REDI*, vol. LII (2000), 1, pp. 15-47.

[57] P. Lagarde,  Le nouveau droit international priv  des contrats apr s l entr e en vigueur de la Convention du 19 juin 1980 , *RCDIP*, 1991, pp. 287, 300-301.

[58] *Cf.* F. Schwind,  Die Rechtswahl Rechtswahl im IPR-Gesetz und nach der Resolution des Institut de Droit international von 1991 , *ZfRV*, 1992, p. 104; F. Vischer,  General Course on Private International Law , *R. des C.*, t.232 (1992-I), pp. 134-139.

justo al contrario que las *Conclusiones de la III Comisión del* IHLADI *de San Salvador de septiembre de 2002*[59]. Aunque es posible que los tribunales europeos no vayan a interpretar el Convenio de Roma de una forma tan restrictiva, lo cierto es que esta limitaci n es com nmente admitida por la doctrina europea[60]. No extra a, por tanto, que en el propio pre mbulo de los Principios UNIDROIT se advierta que cuando las partes deseen adoptar los Principios como el Derecho Aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopci n de los Principios con un acuerdo de arbitraje .

La negativa a incluir la *lex mercatoria* como objeto de la autonom a conflictual resulta si cabe menos justificada si se compara con la irrestricta autonom a privada que opera en el mbito procesal. Por un lado, el propio Convenio de Bruselas de 27 de junio de 1968 remite la regulaci n de la validez formal de los acuerdos de elecci n de fuero en el comercio internacional a la *lex mercatoria:* en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado (art. 17.I

[59] En la segunda de las conclusiones de la III Comisi n ( La regulaci n jur dica del contrato internacional ) aprobadas por el XXII Congreso del IHLADI en San Salvador (8-13 de septiembre de 2002) se explicita: Las nuevas propuestas de la *Lex Mercatoria* aconsejan una superaci n de la restricci n tradicional a la autonom a con ictual, consistente en reducir el mbito de elecci n por las partes de la ley de un Estado. Debe propiciarse la posibilidad de sumisi n a f rmulas precisas de la nueva *Lex Mercatoria*, como los principios UNIDROIT, incluso cuando la soluci n del litigio no sea arbitral. La leg tima intervenci n de los intereses estatales se operar a trav s de la t cnica de las normas imperativas, como sugiere el propio art.1.4… de los Principios UNIDROIT .

[60] La bibliograf a es muy voluminosa y los puntos de vista doctrinales di eren ampliamente. *Vid.* entre otros, C. Reithman y D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 5» ed., 1996, pp. 62-63; J. Basedow, Germany , *A New Approach to International Commercial Contracts*, 1999, pp. 125, 146-147; K. Boele-Woelki, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts , *Uniform Law Review*, vol. 1, 1996, pp. 652, 664-666; B. Dutoit, The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts , *European Private International Law*, 1998, pp. 39, 44-45; B. Fauvarque-Cosson, France , *A New Approach to International Commercial Contracts*, 1999, pp. 95, 111-113; F. Ferrari, Das Verh ltniss zwischen den Unidroit-Grunds tzen und den allgemeinen Grunds tzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen , *JZ*, 1998, pp. 15, 17.

c), disposici n que ha sido convenientemente interpretada por varias decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[61]. Resulta parad jico que la *lex mercatoria* sea la encargada de determinar el Tribunal competente cuyas normas de Derecho Aplicable resultar n aplicadas, y no pueda determinar el Derecho Aplicable. Por otro lado, las partes no tienen l mites en la elecci n del mecanismo arbitral, al fin y a la postre un procedimiento de justicia privada. La *Sentencia del Tribunal Constitucional español (Sala 2ª) núm. 176/1996, de 11 de noviembre,* resulta muy esclarecedora de la amplia dimensi n procesal de la autonom a privada en asuntos comerciales. Por una parte se afirma que  aquello que, por voluntad expresa de las partes, se difiere al  mbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustra do del conocimiento del Tribunal Constitucional . Y m s adelante se afirma respecto del arbitraje  su funci n como medio heter nomo de soluci n de controversias que se fundamenta en la autonom a de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento jur dico (art. 1.1. de la Constituci n Espa ola). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuesti n litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el Derecho a la tutela judicial efectiva que la Constituci n reconoce a todos . Y conviene recordar que, en el arbitraje, es l cito decidir en equidad, sin referencia a sistema legal alguno.

▶

A. Kappus,  Lex mercatoria als Gesch ftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht", *IPRax,* 1993, p. 137; S. Leible,  El signi cado de los principios UNIDROIT para la seguridad jur dica en el comercio internacional , *Derecho de los negocios*, sep. 1999, pp. 20. R. Michaels,  Privatautonomie und Privatkodi kation , *Rabels Z.*, 1998, pp. 580, 596-198; J. C. Wichard,  Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien f r internationale Handelsvertr ge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte , *Rabels Z.,* 1996, pp. 269. 282-290.

[61] As , la *Sent. TJCE de 16 de marzo de 1999 (Asunto C-159/97: Trasporti Castelleti Spedizioni Internazionali Spa/Hugo Trumpy Spa)* a  rma que las exigencias concretas del concepto  forma conforme a los usos  debe valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales. *Vid.* asimismo *Sent. TJCE de 10 de febrero de 1997 (As. C-106/95: Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG)/Les Gravières Rhénanes SARL).*

Trasladando el an lisis procesal al terreno de la ley aplicable, es preciso se alar que la elecci n por las partes de los principios UNIDROITo de cualquier otra reglamentaci n privada no vulnera el principio de legalidad que caracteriza a las Constituciones de los sistemas jur dicos continentales (*ad.ex.* art. 9.3… de la Constituci n Espa ola). En el mbito contractual, la propia voluntad de las partes tiene fuerza de ley (*ad.ex.* art. 1091 del C digo Civil espa ol), pero, sobre todo, al igual que el laudo arbitral se somete al control jurisdiccional estatal (nulidad del laudo, exequ - tur), la sumisi n por las partes a la *lex mercatoria* no impide que puedan hacerse valer los intereses estatales a trav s de correcciones como el orden p blico (art. 16 del Convenio de Roma) o la aplicaci n de normas imperativas de direcci n econ mica (art. 7 del Convenio de Roma)[62]. En efecto, el hecho de que el art. 3 del Convenio de Roma incluyera la posibilidad de elegir, como Derecho Aplicable, la *lex mercatoria*, no impedir a buscar un equilibrio entre los intereses de las partes y los intereses p blicos. Sin embargo, la forma de hacer valer los intereses p blicos no debe ser la negaci n de la *autonomía conflictual mercatoria*, sino en el recurso excepcional a las normas de orden p blico del foro o de un tercer Estado por la v a de los arts. 7 y 16. Este es el sentido del art. 1.4 de los Principios UNIDROIT a que hemos hecho referencia m s arriba.

Por otra parte, resulta bastante absurdo que el art. 3 del Convenio de Roma habilite a las partes para designar la ley aplicable de un Estado que carezca de conexi n alguna con el contrato y permita un amplio fraccionamiento o *dépeçage* del contrato, y no admita la elecci n como ley aplicable, por ejemplo, de los Principios UNIDROIT[63]. No tiene mucho sentido defender que detr s de un contrato siempre se encuentra la ley de un Estado que vigila celosamente la autonom a material, cuando se trata de un Estado sin conexi n alguna con el contrato. Tiene m s sentido afirmar que, teniendo las partes libertad para elegir la ley aplicable al contrato en un sentido amplio (autonom a conflictual mercatoria, *dépeçage*), detr s del contrato se encuentran una pluralidad de leyes estatales —no una— que pueden intervenir como leyes imperativas.

[62] *Vid.* K. P. Berger, *op. cit.,* pp. 73-75.

[63] *Vid.* en este sentido particularmente B. Ancel, Autonom a con ictual y Derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y de M xico , *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 33-45, esp. pp. 44-45.

**15.** En este contexto, la ley estatal aplicable al contrato en virtud de t cnicas conflictuales puede desempe ar un papel exclusivamente residual, para cubrir las lagunas insuperables de la *lex mercatoria* escogida. Es dable, e incluso aconsejable, que las partes puedan escoger como ley aplicable al contrato un r gimen como los Principios UNIDROIT, designando al mismo tiempo un Derecho Estatal como sistema de cierre o de cobertura de lagunas. Tambi n es m s que posible que las partes incluyan una reserva o excepci n de determinados preceptos de los Principios o, simplemente, los contradigan en el clausulado del contrato, con lo cual tales aspectos requieren un r gimen de soluci n residual. La integraci n de estas lagunas, si las partes no designan ning n Derecho Estatal, no siempre puede llevarse a cabo con los medios que proporciona la *lex mercatoria* o el sistema de principios escogido. En tal caso no habr a inconveniente alguno en recurrir a la ley estatal aplicable en defecto de elecci n para que fuera utilizada como medio de resolver tales lagunas. Cabe recordar que los propios Principios UNIDROIT, como se vi  m s arriba, hacen menci n a esta necesidad en casos concretos y lo aconsejan con car cter general.

En definitiva, la autonom a conflictual mercatoria, o posibilidad de designar como *lex contractus* un r gimen como el de los Principios UNIDROIT, es en s  misma inocua[64]. Carece de sentido concebir la autonom a conflictual como medio de designaci n de una ley aplicable estatal orientada a delimitar el alcance de la autonom a material. En la contrataci n internacional, la demarcaci n del alcance de la autonom a material debe realizarse exclusivamente a trav s del juego de las normas imperativas, tanto de la *lex causae* como de la ley del foro o de terceros Estados. En consecuencia, la delimitaci n entre autonom a material o conflictual debe ser superada, admitiendo la posibilidad de que las partes designen como *lex contrac-*

---

[64] Pero aun en la interpretaci n restrictiva acerca del alcance de la autonom a con ictual en el Convenio de Roma, es decir, considerando la imposibilidad de una *autonomía conflictual mercatoria*, en muchos casos se trata de un falso problema. Aunque se considere como un mero pacto *inter partes* (autonom a material), como se desprende de la *Sent. Tribunal Supremo español de 3 de marzo de 1997 (RAJ*, n m. 1638), ning n ordenamiento jur dico negar  la e cacia entre las partes de los INCOTERMS o de las Reglas y Usos Uniformes sobre Cr dito Documentario, por lo que su inclusi n en el contrato como mero pacto o como ley aplicable carece de trascendencia para determinar sus efectos. La referencia al Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercader as en aquellos Estados que no son parte, o la

*tus* un ordenamiento no estatal[65], sin perjuicio de que quepa una designaci n, subjetiva u objetiva, de un Derecho Estatal como sistema residual de cierre o de cobertura de lagunas de la reglamentaci n no estatal. Los l mites a dicha autonom a confictual mercatoria (o sin adjetivos) los impondr el juego de las normas materiales imperativas de alcance internacional[66].

---

sujeci n a los Principios UNIDROIT o a los Principios de Derecho Contractual Europeo, ser n pr cticas comerciales cada vez m s habituales. Es discutible en qu medida determinadas pr cticas comerciales internacionales no acaban integr ndose en los distintos ordenamientos nacionales. En algunos sistemas, como el espa ol, la costumbre y los usos jur dicos son fuente del Derecho, al igual que la ley. La referencia a la *lex contractus* como ley de un Estado no se limita a la ley en sentido formal, sino al Derecho en su totalidad. Si ste incorpora como parte y fuente del mismo determinadas pr cticas comerciales que cumplan una serie de condiciones, incluidas la que se re eren a sus relaciones con las leyes, dichas pr cticas habr n de integrarse como ley aplicable. Esta posibilidad permitir a a rmar el papel de la *lex mercatoria*, en tanto parte de la *lex contractus*, como ley aplicable al contrato (*Vid.* al respecto S. S nchez Lorenzo, La uni caci n jur dica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales , *La unificación jurídica europea* (Dir. Jos Manuel Garc a Collantes), 1999, pp. 150-151). En cualquier caso, esta consideraci n no impide reclamar, siquiera sea *de lege ferenda*, la posibilidad de una elecci n directa de la *lex mercatoria* como ley aplicable al contrato.

65 Proponiendo una reforma del Convenio de Roma en orden a la admisi n de la autonom a con ictual mercatoria, *vid.* K. Boele-Woelki, *loc. cit.*, pp. 652 ss.; M.J. Bonell, The Need and Possibilities of a Codi ed European Contract Law , *ERPL*, 1997, pp. 505-517, esp. p. 516. En la doctrina espa ola destaca especialmente el estudio y la interpretaci n progresista de P.A. de Miguel Asensio, Armonizaci n normativa y r gimen jur dico de los contratos mercantiles internacionales , *Diritto del commercio internazionale*, 1998, pp. 859-883, esp. pp. 872-878. Una defensa de la autonom a con ictual mercatoria se encuentra asimismo, entre otros, en B. Ancel, *loc. cit.*, pp. 44-45; O. Lando, The Principles of European Contract Law and the lex mercatoria , *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2000, pp. 402-403; y R. J. Weintraub, Lex Mercatoria and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts , *International Conflict of Laws for the Third Millenium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley (Nueva York), Transnational Publishers, 2000, pp. 152-153.

66 De hecho, la autonom a con ictual mercatoria avanza en la codi caci n internacional e interna, como demuestra el art 9 de la Convenci n Convenio Interamericano sobre la ley aplicable a los contratos internacionales de M xico de 17 de marzo de 1994: El tribunal tomar

## La función residual de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación regional

**16.** Al margen de su propia funci n, especialmente en el marco de la creaci n de un espacio judicial europeo y de la cooperaci n judicial en materia civil, el Derecho Internacional Privado y, en concreto, las t cnicas conflictuales, est n llamadas a cumplir una funci n esencial en el proceso de unificaci n del Derecho Privado en Europa[67]. El problema del Derecho Aplicable aparece esencialmente ligado a un Derecho Privado Uniforme que pretende aplicarse especialmente a situaciones privadas transfronterizas intracomunitarias, pero tambi n, en ocasiones, extracomunitarias.

---

en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene los v nculos m s estrechos. Tambi n tomar en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales . Dentro de las fuentes de origen estatal, se dan recientes ejemplos que apuntan una evoluci n de las normas con ictuales en el sentido indicado. La reciente Ley de Derecho Internacional privado de Venezuela (Gaceta O cial de la Rep blica de Venezuela n m. 36.511, de 6 de agosto de 1998. *Vid.* los comentarios de T. B. de Maekelt, Das neue venezolanische Gesetz ber Internationales privatrecht , *Rabels Z.,* 2000/2, pp. 299-344, esp. pp. 307 y 330-331), tras reproducir en los arts. 29 y 30 el r gimen de Derecho aplicable a los contratos previsto en el Convenio de M xico, a ade un art. 31 con el siguiente tenor: Adem s de lo dispuesto en los art culos anteriores, se aplicar n, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, as como los usos y pr cticas comerciales de general aceptaci n, con la nalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la soluci n del caso concreto . En el mbito del arbitraje, la nueva legislaci n paname a (Decreto Ley N… 5, Gaceta o cial de 19 de junio de 1999, N… 23/836, p. 190) aporta ya una referencia mucho m s concreta a la lex mercatoria, donde aparece una menci n directa a los Principios UNIDROIT, al prever que: El tribunal arbitral apreciar las estipulaciones del contrato para la aplicaci n del Derecho que gobierna la relaci n contractual, y tendr en cuenta los usos y pr cticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio internacional de UNIDROIT .

[67] Sobre las funciones del Derecho internacional privado en el marco del Derecho privado europeo *vid.* especialmente J. Basedow, Europ isches Internationales Privatrecht , *NJW*, 1996/30, pp. 1.921-1.929. Sobre la variedad de relaciones entre el DIPr y el Derecho comunitario, *vid.* A. Saggio, Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario , *Rivista di diritto europeo*, 1996/2, pp. 215-233.

El uso de las Directivas reclama, tal vez con mayor fuerza, la presencia de normas de Derecho Aplicable. De un lado, la falta de eficacia directa de las Directivas y la necesidad de su transposici n, implica que, en supuestos transfronterizos, siga siendo preciso determinar la ley nacional aplicable, al objeto de localizar la normativa de transposici n de la Directiva que debe regular el supuesto concreto. Por otra parte, especialmente en supuestos con conexiones extracomunitarias, susceptibles de quedar regulados total o parcialmente por la ley de un tercer Estado, necesitamos reglas o principios de Derecho Internacional Privado que ayuden a establecer el  mbito de aplicaci n espacial, incluso extraterritorial, de las disposiciones de Derecho Privado contenidas en las Directivas. En todo caso, adem s, el hecho de que las Directivas no proporcionen una regulaci n completa, habiliten est ndares nacionales de mayor protecci n o, simplemente, permitan opciones diferentes de transposici n, aconseja el recurso a un Derecho Nacional que pueda aplicarse de forma no s o directa, sino tambi n residual, para cubrir lagunas.

Los Reglamentos vinculados al Derecho Privado suelen plantear otro tipo de relaci n con el Derecho Internacional Privado. Hasta la fecha, la v a reglamentaria, sustentada en la base jur dica del art. 308 CE, habilitaba lo que J. Basedow denomina  Derecho Privado europeo facultativo [68], es decir, normas que no armonizan el Derecho Privado de los Estados miembros, sino que tienden a superar las diferencias irreconciliables entre los Derechos nacionales mediante la creaci n de instituciones de Derecho Privado propiamente europeas (marca europea, Sociedad An nima Europea, Agrupaci n Europea de Inter s Econ mico...). En relaci n con el r gimen material contenido en estos reglamentos, el Derecho Internacional Privado despliega una funci n m s bien de  ndole complementaria, permitiendo el recurso a un Derecho Nacional residual, con el fin de cubrir eventuales lagunas de reglamentaci n.

**17.** La reciente eclosi n en el marco comunitario del Derecho Privado derivado, tanto contenido en Directivas como, en menor medida, en

[68] *Vid.* sus re exiones en  Europ isches... , *loc. cit.*, pp. 1.926-1.9.27. Tambi n, P. De Miguel Asensio,  Integraci n europea y Derecho internacional privado , *RDCE*, 1997/2, pp. 435-436.

Reglamentos, requiere un Derecho Conflictual comunitario para su propia y espec fica aplicaci n[69].

La cuesti n es particularmente relevante por lo que se refiere al mbito de aplicaci n espacial de las Directivas; algunas de ellas contienen normas expresas de delimitaci n espacial, particularmente las m s recientes y referidas a la protecci n el consumidor[70]. Otras muchas Directivas no contienen un delimitador espacial expreso. La raz n de que ni reglamentos ni la mayor a de las directivas contengan delimitadores espaciales tal vez se encuentre en que, habitualmente, su contenido aparec a referido a cuestiones de Derecho P blico o econ mico, donde la competencia del rgano predetermina la aplicaci n de su propio Derecho *(Gleihlauf)*. Pero como bien indica J. Basedow, semejante soluci n no resulta operativa en materia de Derecho Privado, por lo que no debe extra ar que las normas de delimitaci n espacial hayan aparecido en las Directivas sobre contratos de consumo que son, tal vez, las nicas Directivas de Derecho

---

[69] El problema es distinto a la posibilidad de incluir normas de con icto en el propio Derecho privado derivado, como pueden ser las contenidas en las Directivas sobre contratos de seguro o bienes culturales, que vienen a complementar el Convenio de Roma en supuestos excluidos de su mbito de aplicaci n o a proporcionar reglas de Derecho internacional privado en mbitos concretos (derechos reales sobre bienes culturales restituidos).

[70] Es el caso, por ejemplo, del art. 6.2 de la Directiva 93/13 (cl usulas abusivas): Los Estados miembros adoptar n las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protecci n que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relaci n con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad ; art. 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*): Los Estados miembros adoptar n las medidas necesarias a n de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protecci n que otorga la presente Directiva, en caso de que el inmueble est situado en el territorio de un Estado miembro ; art. 12.2 de la Directiva 97/7 (contratos a distancia): Los Estados miembros adoptar n las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protecci n que otorga la presente Directiva por la elecci n del Derecho de un pa s tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un v nculo estrecho con el territorio de uno o m s Estados miembros ; art. 7.2 de la Directiva 1999/44 (venta y garant as): Los Estados miembros adoptar n las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protecci n conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislaci n de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando ste

Privado Puro[71]. No obstante, a pesar de que el legislador comunitario no haya incluido normas expresas de delimitaci n espacial en determinados actos normativos de Derecho Derivado, la extensi n de su aplicaci n a supuestos internacionales debe limitarse, por lo que es preciso establecer por v a de desarrollo judicial cu les son los casos en que los intereses del mercado interior exigen la aplicaci n de las normas materiales del Derecho Privado Comunitario, incluso si la ley de un tercer Estado resultare aplicable al fondo.

Este es precisamente el desarrollo judicial que lleva a cabo, respecto de la Directiva 86/653 (agencia comercial) la *Sent. TJCE de 9 de noviembre de 2000 (As. C-381/98: "Ingmar").* La sentencia se refiere a un litigio entre una sociedad brit nica (Ingmar) y otra californiana (Eaton) por las cantidades que reclamaba la primera, en su condici n de agente comercial, en raz n de la terminaci n del contrato de agencia. Dicho contrato conten a una elecci n expresa de la ley del estado de California. El agente reclamaba los derechos garantizados por los arts. 17 y 18 de la Directiva comunitaria y su aplicaci n al caso. ELTJCE comienza afirmando el car cter de  normas imperativas  de la Directiva[72] (fundamentos 21º-22º)

presente un v nculo estrecho con el territorio de los Estados miembros . Para un planteamiento m s detallado de esta cuesti n *vid.* especialmente el estudio de S. Leible, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EV  und in EG-Richtlinien , *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 353-392 (antes de la sentencia  Ingmar ), as  como el de R. Michaels y H.G. Kamann,  Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts — Amerikanisierung  des Gemeinschafts IPR? , *EWS,* 2001/7, pp. 301-311. *Vid.* asimismo K. Kreuzer,  La communitarisation du droit international priv : les acquis et les perspectives , *Droit Global Law. Unifier le droit; un rêve imposible?,* Par s, 2001/1, pp. 119-122. M s super ciales y prescindibles son las consideraciones cr ticas de P. Vareilles-Sommi res,  Un droit priv  europ en , *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, Par s, 1998, pp. 145-147.

71 *Vid.* J. Basedow,  Europ isches  , *loc. cit.*, p. 1.924.

72 En relaci n con la Directiva 89/104 (marcas), la *Sent. TJCE de 20 de noviembre de 2001 (Ass. C-414 a C-416/99)* con rma en el mismo sentido que  puesto que corresponde al legislador comunitario determinar los derechos del titular de una marca en los Estados miembros de la Comunidad, no cabe admitir la aplicabilidad de disposiciones legales, en concepto de ley aplicable al contrato de comercializaci n fuera del EEE, para limitar la protecci n conferida al titular de una marca por los art culos 5, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva .

y su vinculaci n al derecho de establecimiento y al mantenimiento de una competencia no falseada en el mercado interior (fundamento 24º)[73]. Por esta raz n, el TJCE declara la aplicabilidad al caso de la Directiva y construye una norma de delimitaci n espacial en su favor cuando la situaci n tenga una relaci n estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempe e su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato .

En conclusi n, las Directivas presentan por definici n un mbito de aplicaci n espacial limitado a situaciones que se conectan al mercado comunitario. Semejante delimitaci n espacial puede producirse, como hemos visto, de forma expl cita en la propia Directiva o debe resultar de la interpretaci n que lleve a cabo, especialmente, el TJCE. Tales normas de las Directivas, al igual que aqu llas que presentan un contenido material, deben ser transpuestas al Derecho Nacional, y la pr ctica demuestras que pueden serlo de muy distinta forma[74].

**18.** La primera y tal vez primordial funci n que cumplen las normas de Derecho Conflictual Derivado a la que hacemos referencia,es servir como reglas delimitadoras de la aplicaci n de las Directivas frente a las leyes de terceros Estados (*outward conflict rules* en el sentido expuesto por P. Basedow[75]). As , las normas de conflicto nacionales e incluso comu-

---

[73] Para A. Font i Segura, la imperatividad y extraterritorialidad de la Directiva radica m s bien en los intereses vinculados al Derecho de la competencia (normas ordopol ticas o de direcci n) que a la protecci n del agente (normas de protecci n), ECJ 9 November 2000. C-381/98- Ingmar GB Ltd. V. Eaton Leonard Technologies Inc. , *The European Legal Forum*, 3-200/02, pp. 178-179. *Vid.* al respecto del distinto juego de los intereses protegidos las re e-xiones de R. Freitag y S. Leible, Internationales Anwendungsbereich der Handelsvertreter-tichtlinie — Europ isches Handelsvertreterrecht Weltweit? , *RIW*, 2001/4, pp. 291-293; R. Michaels y H.G. Kamann, Grundlagen... , *loc. cit.*, pp. 303-307.

[74] Acerca de los problemas de transposici n de las normas de delimitaci n espacial contenidas en las Directivas sobre contratos de consumo, *vid.* R. Freitag y S. Leible, Von den Schwierig-keiten der Umsetzung Kollisionsrechtlicher Richtlinienbestimmungen , *ZIP*, 1999/31, pp. 1.296-1.301.

[75] *Vid.* EC Regulations in European Private Law , *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, 2000, p. 29; Id.: Europ isches , *loc. cit.*, pp. 1.925-1.926.

nitarias relativas a un contrato de consumo o de *timesharing* podr an conducir a la aplicaci n de la ley de un tercer Estado. Disposiciones como el art. 6 de la Directiva 93/13 (cl usulas abusivas), 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*), 12 de la Directiva 97/7 (contratos a distancia) o 7 de la Directiva 1999/44 (venta y garant as), o la propia *Sent. TJCE de 9 de noviembre de 2000 (Ingmar),* tratan de extender la aplicaci n de las disposiciones de las Directivas, y la protecci n del consumidor o agente, frente a lo que eventualmente pueda disponer la ley del tercer Estado aplicable. En algunos casos, dicha defensa parece operar  nicamente en caso de elecci n por las partes, pero, en principio, y sobre todo si las propias Directivas no disponen nada al respecto, la cuesti n se suscita de igual forma si la designaci n del Derecho del tercer Estado provienen de una conexi n objetiva aplicable en defecto de elecci n por las partes[76]. De hecho, las disposiciones de las Directivas aparecen como normas imperativas de alcance extraterritorial en el sentido del art. 7 CR, siendo tales preceptos o jurisprudencia los encargados de delimitar el  mbito de aplicaci n o *Anwendungswille* de la normativa material comunitaria[77].

**19.** Sin embargo, aunque la aplicaci n espacial de una Directiva permite afirmar un principio gen rico de  interpretaci n conforme del Derecho de un tercer Estado , no resulta directamente aplicables, por lo que es necesario establecer un criterio de aplicaci n espacial que permita

[76] *Vid.* las re exiones de R. Michaels y H. G. Kamann,  Grundlagen... , *loc. cit.*, p. 309.

[77] Para algunos autores, la asimilaci n con el art. 7 CR puede resultar discutible, no s lo por las reservas a la aplicaci n de dicho precepto por parte de algunos Estados miembros, sino porque, seg n una corriente de pensamiento, dicho precepto s lo ampara la aplicaci n de normas imperativas de direcci n u ordopol ticas, como las que regulan la libre competencia, pero no de normas de protecci n o referidas a  intereses privados  tales como la protecci n del agente o del consumidor (*cf.* R. Michaels y H. G. Kamann,  Grundlagen... , *loc. cit.*, p. 309). Una alternativa a esta soluci n y a la necesidad de normas y criterios de aplicaci n especial no puede fundarse, como han puesto de relieve R. Freitag y S. Leible, en una aplicaci n siquiera anal gica del art. 3.3… CR, cuya funci n tiene m s que ver con los l mites de la autonom a con ictual y el alcance de la autonom a material, y cuyo concepto de normas  imperativas  nada tiene que ver con la  imperatividad internacional  y s  con el concepto de normas de imperatividad interna (*vid.*  Internationaler Anwendungsbereich... , *loc. cit.*, p. 290; *Cf.* R. Michaels y H. G. Kamann,  Grundlagen... , *loc. cit.*, p. 311).

identificar la ley nacional que transpone la Directiva cuya aplicaci n debe anteponerse al Derecho del tercer Estado. El problema es similar a la forma de delimitar la versi n de la Directiva aplicable en supuestos intracomunitarios, donde se enfrentan eventualmente dos versiones transpuestas de la misma Directiva. El Derecho Conflictual intracomunitario (*inward conflict rules*)[78] sirve en estos casos para delimitar no s lo la legislaci n del pa s de un Estado miembro aplicable, incluidas las normas transpuestas de la Directiva, sino tambi n el Derecho Nacional que pueda cubrir y rellenar las lagunas que puedan derivarse de la reglamentaci n comunitaria. Cuando el supuesto se rige por un Derecho Extranjero, como en el caso *Ingma* lo l gico ser  interpretar que el criterio de conexi n estrecho con el territorio de un Estado miembro como delimitador de la voluntad de aplicaci n, como norma imperativa (art. 7 del Convenio de Roma), de la normativa de transposici n de la Directiva correspondiente a dicho Estado. As , si el criterio o uno de los criterios para la aplicaci n de la Directiva de agencia comercial es el lugar de la actividad del agente, el hecho de que tal actividad se haya desplegado en el Reino Unido justifica la aplicaci n de la legislaci n brit nica de transposici n de la Directiva, ya se trate de la *lex fori* o de la ley de un tercer Estado.

**20.** Mayores problemas plantea la cuesti n en supuestos estrictamente intracomunitarios, aunque pueda parecer m s sencillo. De un lado, parece que la ubicaci n del supuesto *intra muros* har a innecesaria la norma de delimitaci n espacial, puesto que, fuera cual fuese la legislaci n nacional aplicable, si se trata de la ley de un Estado miembro, se supone la aplicaci n de las normas materiales de dicho Estado que han adaptado la Directiva. Sin embargo, un primer problema se plantea si la ley del Estado miembro que resulta aplicable no contiene la transposici n de la Directiva, debiendo ser aplicada en un Estado que s  la ha transpuesto[79]. En el fon-

---

[78] *Vid.* EC Regulations... , *loc. cit., op. cit.*, p. 29; Id., Europ isches , *loc. cit.*, pp. 1.925-1.926.

[79] Se trata de los c lebres casos conocidos como Gran Canaria en el Derecho alem n, referidos a supuestos litigiosos suscitados ante los Tribunales alemanes, normalmente entre ciudadanos alemanes, por contratos de consumo celebrados en Espa a (Islas Canarias) fuera de establecimiento mercantil, y sujetos al Derecho espa ol, cuando no se hab a procedido —como correspond a— a la transposici n de la Directiva 85/577. *Vid.* en relaci n con esta cuesti n R. Michaels y H.G. Kamann, Grundlagen... , *loc. cit.*, p. 302.

do, el supuesto se asemeja s lo *a priori* a aquellos casos en que resulta de aplicaci n el Derecho de un tercer Estado. Y decimos s lo *a priori* porque puede darse la circunstancia, por ejemplo, de que trat ndose de la aplicaci n de la Directiva de agencia comercial, el Estado miembro cuya ley es aplicable y que no ha transpuesto la Directiva sea, precisamente, el del pa s donde el agente tiene su establecimiento. En tal caso, las autoridades del Estado miembro cuyos Tribunales conocen (*lex fori)* deben hacer valer los derechos reconocidos en la Directiva incluso frente a la ley de ese Estado. Evidentemente deben intentar una interpretaci n conforme del Derecho del otro Estado miembro, pero, si no fuera posible reconocer los derechos contenidos en la Directiva, pueden justificar sus propias normas de transposici n en virtud del correctivo de orden p blico.

Si la Directiva ha sido correctamente transpuesta por la ley del Estado miembro que resulta aplicable en virtud del sistema conflictual, en principio estas normas de Derecho Aplicable sirven para designar la transposici n de la Directiva que debe regir la situaci n intracomunitaria, hecho que tiene cierta relevancia si se repara en que muchas Directivas s lo introducen obligaciones de armonizaci n m nima o, al fin y al cabo, permiten cierto margen de oscilaci n entre los Derechos nacionales. En la pr ctica, sin embargo, tampoco estos supuestos son pac ficos, pues las normas de conflicto, incluso de fuente comunitaria, pueden verse afectadas por la forma en que las legislaciones estatales han transpuesto o delimitado el  mbito de aplicaci n espacial de las Directivas, incluso las normas expresas de delimitaci n espacial[80].

[80] As , el art. 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*) establece que  los Estados miembros adoptar n las medidas necesarias a  n de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protecci n que otorga la presente Directiva, en caso de que el inmueble est  situado en el territorio de un Estado miembro . A la hora de transponer la Directiva, la legislaci n de un Estado miembro puede prever la aplicaci n de su normativa de transposici n en dos casos: cuando el inmueble est  situado en su Estado y cuando estando situado en el extranjero el contrato se celebra por ciudadanos de nacionalidad o residencia com n en dicho Estado. Con ello, el Estado en cuesti n cumple el mandato de la Directiva, pues est  aplicando los derechos en ella reconocidos en ambos casos, pero su norma de delimitaci n implica la aplicaci n imperativa de sus normas materiales de transposici n de la Directiva en supuestos en que el inmueble est  situado en otro Estado miembro. No debe extra ar que se haya defendido, con rigor, la necesidad de un sistema de ley aplicable uni -

La complejidad que introducen tales situaciones en la determinaci n final de la ley aplicable avalan un dise o del Derecho Conflictual europeo, al servicio del propio Derecho Material Unificado, que vaya m s all de semejante conjunto de disposiciones aisladas y de aplicaci n dif cil y escasamente previsible[81].

## V | Conclusiones

**21.** En conclusi n, la globalizaci n apunta necesariamente a una unificaci n progresiva del Derecho Comercial. Mientras el Derecho P blico Econ mico encontrar esa unificaci n en cauces convencionales o institucionales, el Derecho Privado, espec ficamente el Derecho Contractual, habr de hacerlo a trav s de t cnicas de *soft law.* Dif cilmente, sin embargo, la unificaci n internacional del Derecho Material podr prescindir absolutamente de los Derechos estatales[82]. Aunque la autonom a conflictual deba abrirse a las fuentes gen ricamente incluidas en el concepto de *lex mercatoria*, los Derechos Estatales no s lo se impondr n de forma excepcional, como Derecho Imperativo, sino que est n llamados a cumplir una funci n residual en la interpretaci n y aplicaci n del Derecho Uniforme de alcance universal, a n trenzada a las t cnicas conflictuales. En los

▶ cado para la aplicabilidad de las Directivas comunitarias de Derecho privado a situaciones transfronterizas: *vid.* F. Esteban de la Rosa, La aplicaci n de las Directivas comunitarias de Derecho privado a las situaciones transfronterizas , *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa (ed. S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero)*, Madrid, Dykinson, 2003, esp. pp. 199-204.

81 Quiz s ello justi que, m s que cualquier otra cosa, que al hilo del problema se haya hablado de la americanizaci n del Derecho internacional privado europeo (*vid.* R. Michaels y H. G. Kamann, Grundlagen... , *loc. cit.*, p. 311).

82 La primera de las conclusiones de la III Comisi n del XXII Congreso del IHLADI (San Salvador, 2002) reza como sigue: Se considera que el desarrollo de las nuevas tecnolog as y la contrataci n comercial internacional a trav s de Internet abundan en la necesidad de orientar el r gimen jur dico de la contrataci n internacional hacia f rmulas universales de car cter material. La globalizaci n exige un nuevo enfoque, tanto de los problemas de competencia judicial internacional, como de las cuestiones de Derecho aplicable, imponi ndose t cnicas de soft law, que, hoy por hoy, no pueden a n prescindir de t cnicas con ictuales .

procesos de unificaci n regional, especialmente en la Uni n Europea, el Derecho Internacional Privado conflictual aun cumplir  una funci n esencial en la delimitaci n especial *ad intra* y *ad extra* del Derecho Comunitario. Pero este regionalismo, cuando pretenda ir m s all  de las necesidades integradoras creando cuerpos de principios generales de los Derechos de los contratos, plantear  un serio obst culo a la armonizaci n internacional del Derecho Comercial que, en el  mbito de la contrataci n, nunca deber a perder de vista la necesidad de obtener resultados de alcance aut nticamente universales.

El tiempo dictar  su Ley, y por mucho que su transcurso sea vertiginoso, tampoco alcanzamos a ver en el horizonte cercano, acaso por fortuna, un panorama tan ingenuo y sencillo como aqu l que entra a la m xima:  Ein Markt, ein Recht .

## Derecho Internacional Privado

# La cooperación judicial internacional y el orden público en la jurisprudencia argentina

Amalia Uriondo de Martinoli

Intento con estas reflexiones colaborar en el homenaje que, en este volumen, mis colegas y yo rendimos a la eminente ejemplaridad del querido Maestro Dr. Carlos Febres Pobeda. La trascendencia continental de su magisterio jur dico justifica este esfuerzo. Resulta gratificante constatar que, en estos tiempos de penuria, personalidades como la suya —fundante de optimismo— viene a confirmarnos en la perseverancia por hacer que los par metros del Derecho logren ordenar los m ltiples y polifac ticos aspectos del tejido siempre confuso de las relaciones humanas. Escribo este trabajo con la alegr a de poder agradecer al eminente maestro su testimonio de entrega y servicio a la docencia jur dica, a quien s lo le devuelvo con palabras su proverbial se or o.

## I | Introducción

En un mundo que se caracteriza por la tendencia de los Estados a flexibilizar sus fronteras y alcanzar la integraci n en el terreno jur dico por medio de convenios internacionales, cobra especial relieve el mutuo auxilio que pueden prestarse las autoridades que ejercen la funci n jurisdiccional en otros Estados con la finalidad de administrar justicia.

La cooperaci n jur dica internacional engloba toda aquella actividad de naturaleza procesal desarrollada en un Estado, al servicio de un

proceso incoado o a incoarse ante extra a jurisdicci n[1]. La cooperaci n puede consistir en la transmisi n de notificaciones y comunicaciones que es preciso canalizar en territorio extranjero, la ejecuci n de una diligencia probatoria, extendi ndose su contenido a las solicitudes de informaci n del derecho de un pa s a los tribunales de otro. Existe tambi n la posibilidad de requerir la adopci n de medidas cautelares o precautorias en un pa s diferente de aqu l en donde se tramita el proceso. Con relaci n al reconocimiento o ejecuci n de una resoluci n extranjera, mayoritariamente se la excluye del contenido de la instituci n aunque, en sentido amplio, tambi n sea necesaria la cooperaci n para que la sentencia goce de eficacia extraterritorial[2]. Debo puntualizar que de no existir la asistencia judicial internacional, se frustrar a el buen fin del proceso en el que se sustancia una situaci n del tr fico jur dico externo- imposibilidad de realizar notificaciones, diligenciar pruebas, etc.

Precisamente, el inter s que moviliz  a los primeros delegados a las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, ha sido el de ofrecer las respuestas jur dicas que, en dicho  mbito, requieren los nuevos tiempos. As , cabe mencionar las Convenciones Interamericanas de Panam  de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Recepci n de Pruebas en el Extranjero y sus Protocolos Adicionales de 1979 y 1984, respectivamente; las Convenciones de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, y Prueba e Informaci n acerca del Derecho Extranjero. Conviene asimismo citar las Convenciones de Montevideo de 1989 sobre Restituci n Internacional de Menores, Obligaciones Alimentarias y la de M xico de 1994 sobre Tr fico Internacional de Menores, cuyos objetivos s lo pueden concretarse a trav s de la efectiva cooperaci n entre las autoridades de distintos Estados.

Para fijar el r gimen jur dico en el sector de la asistencia judicial internacional, ha de estarse en primer t rmino, a lo dispuesto en los convenios internacionales en los que Argentina es parte. La primac a de los

---

[1] Tellechea Bergman, Eduardo  La cooperaci n Jur dica Internacional de mero tr mite y probatoria , en *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario*, obra dirigida por Angel Landoni Sosa, Fundaci n de Cultura Universitaria, Universidad de la Rep blica de Montevideo, 1997, pp. 149/164.

[2] P rez Milla, Javier, *La notificación judicial internacional*, Ed. Comares, Granada 2000, p. 6.

convenios es excluyente y deriva directamente de lo prescripto en la primera parte del art. 75, inc. 22 de la Constituci n Nacional —luego de su reforma en 1994—, al expresar que los tratados y los concordatos tienen jerarqu a superior a las leyes . Sin que ello implique desconocer que dicha primac a, ya hab a sido reconocida por nuestro pa s el 27 de setiembre de 1983 cuando, mediante ley 22.921, se autoriza al Ejecutivo Nacional a ejercer su poder jur dico de ratificar la Convenci n Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado[3], cuyo art. 1 establece: La determinaci n de la norma jur dica aplicable para regir situaciones vinculadas con Derecho Extranjero, se sujetar a lo regulado en esta Convenci n y dem s convenciones internacionales suscriptas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicar n las reglas de conflicto de su Derecho Interno .

Es por eso, que los comentarios tienen como objetivo poner de manifiesto la aplicaci n de las Convenciones elaboradas en las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado —CIDIP— por parte de nuestros tribunales; y la posibilidad que stos tienen de rehusar el cumplimiento de un exhorto o desconocer la eficacia extraterritorial de un pronunciamiento for neo cuando est en juego el orden p blico internacional argentino.

A tal efecto, efectuaremos un somero examen de las disposiciones contenidas en algunos de los convenios sobre cooperaci n internacional. Seguidamente, desglosaremos las sentencias pronunciadas por las distintas instancias judiciales del pa s en orden a destacar las siguientes cuestiones: identificaci n de las fuentes convencionales aplicables al caso concreto; y la cl usula de orden p blico internacional.

[3] Son tambi n Estados parte: Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, M xico, Paraguay, Per , Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

## II | Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias

Se ha visto ya, que la cooperaci n internacional en la realizaci n de la justicia llam  la atenci n de los Gobiernos de los Estados Miembros de la OEA, encontrando su primera regulaci n en el seno de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado—Panam  1975— mediante la adopci n de reglas comunes para el cumplimiento y tramitaci n de los exhortos o cartas rogatorias entre los Estados Partes[4].

Desde el punto de vista del  mbito de aplicaci n material, se aplica a materias civil o comercial, aunque el convenio faculta a los pa ses ratificantes a declarar que dicho  mbito se extiende a la tramitaci n de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a materia criminal, laboral, contencioso-administrativo, juicio arbitrales u otras materias objeto de jurisdicci n especial (art. 16). El auxilio comprende la realizaci n de actos procesales de mero tr mite —notificaciones, citaciones, emplazamientos— o la recepci n u obtenci n de pruebas e informes en el extranjero. Quedan excluidos los actos que impliquen ejecuci n coactiva.

Los exhortos o cartas rogatorias, que podr n ser tramitados por las propias partes interesadas, por v a judicial, diplom tica, consular, o por la Autoridad Central designada[5], deber n ir acompa ados de la documentaci n que se entregar  al citado notificado o emplazado (v. gr. copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos y resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada; informaci n escrita acerca de cu l es el  rgano jurisdiccional requirente, etc.).

---

[4] La Convenci n, que entr  en vigencia el 16 de enero de 1976, ha sido rati cada por la Rep blica Argentina luego de su aprobaci n por ley 23.503 (B.O. 16/10/87). Depositaron tambi n los respectivos instrumentos de rati caci n: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, M xico, Panam , Paraguay, Per , Uruguay y Venezuela. En el a o 1987 Espa a deposit  el instrumento de adhesi n. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

[5] Las v as diplom tica o consular, a trav s de la Autoridad Central o por los tribunales de las zonas fronterizas, acreditan sin necesidad de legalizaci n la autenticidad de las rogatorias remitidas por su intermedio.

Asimismo, deber n ajustarse a las exigencias formales, procesales y sustanciales especificadas en el texto. Las primeras est n destinadas a asegurar la autenticidad del instrumento —legalizaci n, individualizaci n del tribunal exhortante—; su comprensi n —traducci n al idioma oficial del Estado requerido—; y cumplimiento— identidad del apoderado de la parte solicitante.

Dentro de las procesales corresponder a incluir la informaci n de los t rminos de que dispone la persona afectada por la medida para actuar, las advertencias que le hiciere el rgano requirente sobre las consecuencias que entra ar a su inactividad, y la tramitaci n especial o la observancia de formalidades adicionales solicitadas por este tribunal.

El requisito sustancial, alude a la causa tradicional de denegaci n de la solicitud por contrariedad con los principios fundamentales del ordenamiento jur dico del foro exhortado.

La atribuci n de las costas y dem s gastos del tr mite y cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias, correr n por cuenta de los interesados, pudi ndose obtener, sin embargo, el beneficio de pobreza conforme a las leyes del Estado requerido.

Finalmente, de modo expreso aclara que la prestaci n del auxilio no implicar de manera definitiva el reconocimiento de la competencia del rgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecuci n de la sentencia que dictare.

Con la finalidad de fortalecer y facilitar la cooperaci n internacional en materia de procesos judiciales, en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana, celebrada en Montevideo en 1979, se adopt el Protocolo Adicional a la Convenci n antes citada[6]. El cuerpo normativo crea documentos y establece reglas procesales adicionales para facilitar la diligencia de los exhortos o cartas rogatorias bajo la Convenci n, con excepci n de las actuaciones procesales para la recepci n y obtenci n de pruebas en el extranjero.

Luego del sucinto examen del marco convencional, avanzaremos sobre las resoluciones pronunciadas por nuestros tribunales bajo el alero de esa normativa.

---

[6] El Protocolo vincula a Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, M xico, Panam , Paraguay Per , Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

## CNCiv., sala I, febrero 24-2000- "Garramone, Esteban I. y otro c. Solanet, Rodolfo y otro s/exhorto"[7]

### a) Los hechos y antecedentes del caso

El Juez del Tribunal Superior del estado de California (EEUU-Condado de Orange), mediante exhorto, invocando la Convenci n Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, solicit  al tribunal argentino competente la recepci n de una declaraci n testimonial a prestar por una persona llamada Mariana Solanet a trav s de un interrogatorio escrito. Presentado el exhorto en debida forma por los autorizados para su diligenciamiento, la juez *a quo* design  audiencia a efectos de obtener la declaraci n de la testigo.

En ese acto, la declarante manifest  su condici n de hija del demandado, raz n por la cual, el juzgado argentino a cargo del auxilio judicial internacional resolvi  que: en virtud de lo dispuesto por el art. 427 del C digo Procesal Civil y Comercial de la Naci n que no autoriza la declaraci n como testigos de consangu neos o afines en l nea directa con las partes, salvo en caso de reconocimiento de firmas, y de conformidad con lo establecido por la ley 23.481 en su art. 2[8], no procede la declaraci n de la testigo Mariana Solanet por lo que se excluye su testimonio .

El representante de la parte actora al fundar en la alzada su apelaci n sostuvo: a) que el principio de cooperaci n judicial que inspira la

---

[7] Publicado en el Diario *El Derecho* de 14 de setiembre de 2000, con nota a fallo de Ra l Alberto Ramayo El auxilio judicial internacional argentino en materia de declaraci n de testigos . Un desarrollo profundizado sobre este tema puede verse en Feldstein De C rdenas, Sara L., Conocimiento y prudencia: dos virtudes reunidas en un fallo aleccionador , *Colección de análisis jurisprudencial - Derecho Internacional Privado y de la Integración,* Ed. La Ley, Bs. As., 2004, pp. 513/521.

[8] Debe se alarse que la ley 23.481 (B.O. 22/4/87) s lo aprueba la Convenci n Interamericana sobre Recepci n de Pruebas en el Extranjero y consta de dos art culos, de los cuales el 2… es de mera forma. La disposici n a la que alude el magistrado es el art. 2 del instrumento internacional, el cual exime al Estado requerido de diligenciar el pedido cuando fuere contrario a sus disposiciones legales. El convenio cuenta con la rati caci n de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, M xico, Panam , Paraguay, Per , Rep blica Dominicana, Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

Convenci n Interamericana sobre Recepci n de Pruebas en el Extranjero debe prevalecer sobre lo dispuesto por el art.427; b) que el art. 2 del citado convenio no resuelve la cuesti n ...pues no se trata de un medio probatorio prohibido ni est en juego el orden p blico, pues Rodolfo Solanet no reviste el car cter de demandado, tal como podr a considerarse para la ley argentina ; c) que la testigo puede aportar elementos a la investigaci n judicial; d) que no medi oposici n de los interesados; y e) que de acuerdo a lo establecido por el art. 8 de esta Convenci n, el cumplimiento del exhorto no implicar en definitiva el compromiso de reconocer la validez o de proceder en el futuro a la ejecuci n de la sentencia que se dictare.

En su dictamen, el Fiscal de C mara se expidi a favor de la confirmaci n de la resoluci n apelada a tenor del art. 2, apartado primero, de la mencionada Convenci n, que dispone que no se cumplir la diligencia solicitada en el caso de que fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohiban. Asimismo, cit el art.5, seg n el cual los exhortos o cartas rogatorias relativos a la recepci n u obtenci n de pruebas se cumplir n de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido; y el art. 16, que faculta a ese Estado a rehusar el cumplimiento del exhorto cuando sea manifiestamente contrario a su orden p blico. En consecuencia, ...haciendo m rito de la prohibici n contenida en el art. 427 de la ley procesal se al , que la misma se encuentra fundada en la preservaci n de la familia, siendo dicha prohibici n absoluta y de orden p blico, no pudi ndose prescindir de ella aun mediando conformidad de partes .

### b) Sentencia de la Cámara

El pronunciamiento del tribunal de apelaci n gira en torno a tres cuestiones esenciales:

- **Identificación de la fuente normativa a tener en consideración para la resolución del caso correspondiente**

La C mara comienza declarando que no resulta aplicable al caso la Convenci n Interamericana invocada por los representantes de los actores y por el Fiscal de C mara. Reconoce que el requerimiento de la cooperaci n judicial de otro pa s para obtener la declaraci n de un testigo queda comprendida dentro del mbito material de aplicaci n de la Convenci n Interamericana sobre Recepci n de Pruebas en el Extranje-

ro, adoptada por la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado—Panam 1975— la cual ha sido aprobada por la ley 23.481, y luego ratificada por Argentina. No obstante ello, concluye que sta no resulta aplicable al supuesto por la falta de ratificaci n del pa s del magistrado requirente (EEUU).

La materia bajo tratamiento resulta, entonces, encuadrada en la Convenci n Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, producto, al igual que la anterior, de la actividad de la Primera Conferencia, la que s ha sido ratificada por ambos Estados y, precisamente, fue el convenio invocado por el juez exhortante[9]. De acuerdo al alcance del texto convencional, ste se aplica a los instrumentos de cooperaci n judicial internacional expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los rganos jurisdiccionales de los Estados Partes y que tengan por objeto: a) la realizaci n de actos procesales de mero tr mite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; b) la recepci n y obtenci n de pruebas e informes en el extranjero, salvo reserva al respecto (art. 2).

- **El art. 427 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**

Determinada la fuente normativa a tener en consideraci n para la resoluci n de la causa, el tribunal de apelaci n se detiene a precisar los alcances que cabe asignar al impedimento legal para que puedan prestar declaraci n testimonial determinadas personas (art. 427). A tal fin, se ala los tres aspectos que en materia de prueba suelen distinguir la doctrina y las normas del Derecho Procesal Internacional con miras a determinar la ley aplicable a los mismos: la admisibilidad de la prueba y la apreciaci n o valoraci n probatoria, quedan sujetas a ...la ley de fondo que regula el acto jur dico materia de juicio ; mientras que la tramitaci n o diligenciamiento se rige por las reglas procesales del Estado requerido (*lex fori*)[10].

---

[9] Conforme a las reservas hechas al rati car la Convenci n sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Estados Unidos asume las relaciones que se derivan de este tratado nicamente con respecto a los Estados que hayan rati cado o se hayan adherido a esta Convenci n y a su Protocolo Adicional del a o 1979, entre los que vimos se encuentra la Rep blica Argentina,

[10] Esa es tambi n la soluci n contenida en los arts. 1 y 2 de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940. El primero fue rati cado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Per y Uruguay; Colombia adhiri . El segundo ha sido rati cado por Argentina, Paraguay y Uruguay; entre estos Estados sustituye al Tratado anterior de 1889.

Sobre esta base, la alzada considera que el citado art. 427 no debe ser atendido como Derecho Aplicable a la cuesti n en que se trata de obtener en nuestro pa s una declaraci n testimonial a requerimiento de un tribunal estadounidense, ya que el  mbito de aplicaci n de la ley procesal del juez argentino se encuentra limitado a lo que pueden denominarse como cuestiones procedimentales, y ciertamente  ste ...es el  mbito a que se refiere el art. 10 de la Convenci n, bajo el claro t tulo de *Tramitación* . Por consiguiente, la admisibilidad de la testimonial de parientes de las partes, en l nea recta, se rige por la ley extranjera que regula este aspecto.

- **El art. 427 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el orden público internacional argentino**

La  ltima cuesti n se relaciona con la posibilidad de denegar el auxilio solicitado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 17 de la Convenci n, que faculta al Estado requerido a rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario a su orden p blico.

La C mara considera que el art. 427 del C digo Procesal es una disposici n de orden p blico, que consagra la prohibici n legal para que determinadas personas puedan ser ofrecidas como testigos. Esta conclusi n la lleva a examinar si el principio de protecci n de la armon a y solidaridad familiar, que informa el impedimento legal contenido en dicho art culo, puede catalogarse tambi n como un principio de orden p blico internacional. De esa calificaci n derivan distintas consecuencias: en el primer supuesto, la norma no puede ser derogada por la voluntad de las partes (CCivil, art. 21); en el segundo, el tribunal requerido estar a facultado a rechazar la aplicaci n de la legislaci n extranjera; a denegar el reconocimiento o ejecuci n de sentencias de ese origen; o el cumplimiento de actos de auxilio judicial internacional.

El tribunal descarta la  ltima posibilidad, por cuanto sostiene que no existe en el Derecho del Foro una norma que acuerde al art. 427 la caracter stica de ser una disposici n de orden p blico internacional; y que la tendencia de la m s moderna legislaci n internacional es concebir a esta excepci n, no como disposici n sino como un conjunto de principios b sicos del ordenamiento del foro. A rengl n seguido a ade, que la concepci n de orden p blico internacional ...como caracter stica de disposiciones se encuentra, salvo precepto legal expreso, en franca retirada en el Dere-

cho Comparado y en la opini n de los autores iusprivatistas [11], destacando su excepcionalidad para casos de indispensable defensa de principios absolutamente necesarios del ordenamiento, por lo que s lo cabe acudir a ella en casos extremos. Adem s, la incompatibilidad de la legislaci n extranjera con el ordenamiento del foro debe ser manifiesta , seg n lo dispuesto por el art. 17 de la Convenci n de cuya aplicaci n se viene tratando.

La alzada resalta la inexistencia de una norma o criterio un nime en el pa s, habida cuenta de su organizaci n federal y la facultad reservada a las provincias para legislar en materia procesal. Es por ello que, parafraseando a Werner Goldschmidt manifiesta que: ...ninguna norma extranjera infringe el orden p blico, si an loga norma se encuentra admitida en el Derecho Provincial donde lo hubiere [12]. En relaci n espec fica con el auxilio judicial internacional, al examinar cuestiones vinculadas con el orden p blico, sigue al mismo autor que dice no creer que tomar declaraci n a un testigo pariente en l nea recta de una de las partes lo conculque[13].

Sobre la base de estos razonamientos, la C mara considera que la producci n de la prueba testimonial solicitada por el juez estadounidense, no es contraria, de manera manifiesta, al orden p blico internacional argentino, por lo que resuelve revocar la resoluci n del *a quo* y devolverle los autos.

- **Importancia e implicancias del fallo**

La C mara llama la atenci n que en el seno de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado exista una superposici n de reglamentaci n en materia probatoria, pues resulta injustificable haber incluido el tema de la recepci n y obtenci n de pruebas e informes en el extranjero en la Convenci n sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, debido a que la materia hab a sido objeto de un r gimen espec fico en un tratado independiente. Con incuestionable acierto, apunta en palabras de Parra Aranguren[14], que esta superposici n, fruto del

---

[11] CNCiv., sala I, abril 20, 1995, Martov, Samuel s/sucesi n ab-intestato , apar. VII-segundo p rrafo, ED, 162-598.

[12] Goldschmidt, Werner, *Suma de Derecho Internacional Privado*, 2. . . ed, p. 99.

[13] Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 5. . . Ed, Depalma, Bs. As., 1985, p. 479.

[14] Parra Aranguren, Gonzalo, *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jur dicas y Pol ticas, Caracas, 1982, ps. 337/8.

apresuramiento y ausencia de un an lisis coordinado de los diversos proyectos en el  mbito de la CIDIP I, constituye una innecesaria fuente de dificultades.

En un contexto internacional que tiende a la integraci n en el terreno jur dico por la ratificaci n de convenios internacionales, sobresale la particular preocupaci n que revela la C mara por resaltar el car cter excepcional del orden p blico internacional. En efecto, si bien reconoce que el orden p blico aparece como un principio necesario del que no puede prescindirse, destaca su excepcionalidad para casos de indispensable defensa de principios absolutamente necesarios del ordenamiento del Estado requerido. Asimismo, advierte que dicha incompatibilidad no funciona en cualquier grado sino que debe ser manifiesta, ya que esta exigencia constituye un criterio com n acogido por otros instrumentos internacionales.

### CNCiv. sala J, agosto 25-1998, "N.,S.R. y O.R.M. s/divorcio"[15]

La rese a de este fallo procura brindar otro ejemplo en el que los tribunales argentinos analizan el  mbito material de aplicaci n de los convenios internacionales, en orden a identificar la fuente normativa aplicable al caso concreto.

#### a) Los hechos y antecedentes del caso

En la sentencia de divorcio los c nyuges acordaron todo lo relativo a la tenencia del hijo menor, r gimen de visitas, alimentos y liquidaci n de la sociedad conyugal. Ante el incumplimiento de lo convenido en materia alimentaria y la pasividad demostrada por el padre del menor, se lleva a cabo el apercibimiento mediante la traba de un embargo sobre los fondos que pudieran existir en la cuenta de titularidad o cotitularidad del alimentante en el Bank of Am rica —EEUU— y la retenci n y dep sito directo en autos de una suma de dinero en concepto de alimentos.

Con el prop sito de efectivizar la medida dispuesta, se ordena el libramiento de un exhorto diplom tico conforme a lo establecido en el art. 2 inc. a) de la Convenci n Interamericana sobre Exhortos o Cartas

---

[15] *El Derecho*, 184-35.

Rogatorias[16]. Asimismo, se dispuso el libramiento de una rogatoria —en los t rminos del inc. b) del antedicho art culo— para requerir al Internal Revenue Service Center , que informe si el demandado es titular o cotitular de cuentas corrientes, cajas de ahorro, de dep sito, acciones, bonos, todo valor o bien que pudiera encontrarse a su nombre (art. 2, inc. b).

El exhorto librado con motivo del embargo antes referido fue devuelto, porque en atenci n a lo informado por la Autoridad Central del pa s requerido, no era posible cumplimentar lo solicitado por ir ...m s all del tipo de asistencia legal que se puede proveer bajo la ley y la pr ctica de los Estados Unidos de Am rica . Por lo tanto sugiere contrate los servicios de un abogado de tal jurisdicci n.

La informaci n solicitada por el segundo de los exhortos se alados, no fue brindada por una cuesti n de confidencialidad .

Frente a ello, la actora pretende el libramiento de un nuevo exhorto, a trav s del cual se persegu a la traba de la medida cautelar ordenada sobre los fondos existentes en la cuenta referenciada. En orden a fundamentar su petici n cita tambi n, la Convenci n Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares adoptada por la CIDIP II en la ciudad de Montevideo en el a o 1979[17]; la Convenci n sobre Reconocimiento y Ejecuci n en el Extranjero de la Obligaci n de Prestar Alimentos[18]; y la Convenci n sobre los Derechos del Ni o de 1989, la cual comparte con la Constituci n Nacional la misma jerarqu a (art. 75, inc. 22).

La resoluci n negativa del juez *a quo,* motiva el recurso que —en representaci n de su hijo menor— interpone la demandante.

b) **Sentencia de la Cámara**

- **Identificación de la fuente normativa a tener en consideración para la resolución del caso correspondiente.**

El tribunal resolvi confirmar el pronunciamiento que rechaz la pretensi n de la actora, a fin de que se librara un nuevo exhorto a los mis-

---

16 Ver nota 4.

17 La Convenci n ha sido rati cada por la Rep blica Argentina luego de su aprobaci n por ley 22.921 (B.O. 27/9/83). Tambi n la rati caron: Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Per y Uruguay. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

18 A trav s de la ley 17.156 (B.O. 10/11/67) se autoriz la adhesi n a la Convenci n adoptada por la Conferencia de la ONU reunida en la ciudad de Nueva York en 1956.

mos fines y efectos que el devuelto. En tal sentido, sostuvo que el objeto de la medida pretendida quedaba fuera del  mbito de aplicaci n de la citada convenci n, ya que no se trataba de un acto procesal de mero tr mite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos (art. 2, inc. a); y porque se establece una expresa prohibici n respecto a actos que impliquen ejecuci n coactiva (art. 3).

No obstante descartar la aplicaci n de la Convenci n sobre Reconocimiento y Ejecuci n en el Extranjero de la Obligaci n de Prestar Alimentos —a causa de la falta de ratificaci n de Estados Unidos de Norteam rica—, consider  que dicha normativa no modificaba lo expuesto. El Pre mbulo expresa que su finalidad, es establecer los medios conducentes para resolver las graves dificultades legales y pr cticas que suscita la ejecuci n en el extranjero de decisiones relativas al cumplimiento alimentario. Pero ello, no autoriza a disponer la reiteraci n de una cuesti n que ya fue contemplada en el pa s requerido. Cuyo resultado, es el comunicado por la Embajada de la Rep blica Argentina en los Estados Unidos.

Con respecto a la invocada Convenci n sobre los Derechos del Ni o, la C mara concluy  que no ser a aplicable por haber excedido el menor la edad dieciocho a os, que es el l mite de protecci n que el texto establece al principio de su articulado. Asimismo afirm , que la citada Convenci n Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares ha sido ratificada por la Rep blica Argentina, m s lo cierto es que no lo fue por los Estados Unidos de Am rica.

Atento a que no se advierte que por el hecho de reiterar lo solicitado, se pueda obtener una respuesta distinta a las brindadas con motivo de las rogatorias anteriores, se decidi  confirmar lo resuelto por el magistrado de grado.

## III | Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros

En esta ocasi n, abordaremos el tema referido a los efectos que pueden desplegar las decisiones pronunciadas en otro Estado que resuelven asuntos que afectan a particulares o sujetos que act an en calidad de tal. Se trata de decidir si se acepta o no la soluci n que a una determinada cuesti n ya ha proporcionado una autoridad extranjera. No podemos dejar de se alar que la ausencia de reconocimiento de dichas resolucio-

nes perjudicar a la continuidad en el espacio de las soluciones jur dicas, convirti ndose en soluciones claudicantes —v lidas exclusivamente en el territorio del pa s en que han sido dictadas e inv lidas fuera del mismo[19]—, lo que importar a la negaci n del objeto y funci n del Derecho Internacional Privado: la continuidad de las relaciones jur dicas en el espacio[20].

El sistema argentino sobre la eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras cuenta con una pluralidad de reg menes jur dicos: a) Convenios multilaterales generales, cuyas disposiciones son aplicables a un conjunto amplio de materias; b) Convenios bilaterales; c) Acuerdos elaborados en el marco del proceso de integraci n econ mica; y d) R gimen de producci n interna.

Cuando al juez nacional se le solicita el reconocimiento y ejecuci n de una decisi n extranjera, esta pluralidad de reg menes le plantea la necesidad de determinar cu l es el convenio aplicable al caso concreto, pues ya tuvimos la oportunidad de advertir que s lo podr  apelar a la normativa interna en defecto de regulaci n convencional.

Para resolver el conflicto entre tratados sucesivos concernientes a la misma materia, se estar  a lo dispuesto por las cl usulas de compatibilidad contenidas en sus textos respectivos[21], y a la aplicaci n del convenio m s favorable a la eficacia de la sentencia. Por ejemplo, el art. 35 del Protocolo de la Le as de 1992[22] establece que no restringir  las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscritas anteriormente entre los Estados Partes del Mercosur en tanto no lo contradigan. Cabe, entonces, aludir a la Convenci n Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, adoptada por la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, en la ciudad de Montevideo, en el a o

---

19 Calvo Caravaca, Alfonso L.. y Carrascosa Gonz lez, Javier, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Editorial Comares, Granada, 1997, p. 470.

20 Fern ndez Rosas, Jos  Carlos y S nchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Primera Edici n, Civitas, Madrid 1999, p. 253.

21 Conf. art. 30. 2 de la Convenci n de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

22 A trav s del Protocolo los Estados Parte—Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay— se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperaci n jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (art. 1).

1979[23], que vincula a los cuatro Estados del bloque regional, aunque es dable advertir que en pocos supuestos podr  hacerse efectiva tal salvedad ya que los legisladores de la integraci n la tomaron como modelo[24]. Tampoco se puede perder de vista que la Convenci n tiene un  mbito de aplicaci n m s restringido, ya que excluye la materia administrativa contemplada por aqu l.

As , es posible observar que desde los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo de 1889 y 1940 que s lo comprend an los asuntos civiles y comerciales[25], progresivamente se fue ampliando a los pronunciamientos dictados en procesos laborales, administrativos e inclusive penales en materia de reparaci n de da os y restituci n de bienes (art. 18 del Protocolo de Las Le as).

Ante la ausencia de cl usulas de compatibilidad, las relaciones entre los Estados que son parte de los convenios sucesivos sobre la misma materia se rigen por la regla de la temporalidad, esto es, prevalece el posterior sobre el tratado anterior, cuyas disposiciones se aplicar n  nicamente en la medida que sean compatibles con las del tratado posterior[26].

En l neas generales, los acuerdos internacionales prescriben similares condiciones —formales, procesales y sustanciales—a ser verificados por el juez requerido para conferir eficacia dentro de su territorio a las resoluciones jurisdiccionales pronunciadas en otro Estado Parte.

Con relaci n a los recaudos formales que deben cumplir la sentencia y la documentaci n anexa —autenticidad, traducci n si correspondiere y legalizaci n— tambi n se han operado cambios dirigidos a acelerar el tr mite, por ejemplo, en el Protocolo de La Le as la legalizaci n no resulta exigible porque se ha convenido que la tramitaci n sea realizada a trav s de las autoridades centrales (art. 2).

---

23 La Rep blica Argentina rati c  la Convenci n luego de su aprobaci n por ley 22.921 (B.O. 27/9/83). Son tambi n Estados partes: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, M xico, Paraguay, Per , Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

24 Se alejan de la Convenci n cuando suprimen: a) la exigencia de la legalizaci n, al prever la tramitaci n v a Autoridad Central; b) que el demandado sea noti cado o emplazado de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia deba surtir efectos; y c) cuando a aden la excepci n de litispendencia y cosa juzgada.

25 La reforma introducida en 1940 incluy  los asuntos contenciosos-administrativos (art. 3).

26 Conf. art. 30. 3 de la Convenci n de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Desde el perfil de los requisitos procesales, el r gimen convencional e interno coinciden en exigir que el tribunal sentenciador tenga jurisdicci n en la esfera internacional para conocer y juzgar en el asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efectos [27]. En la medida que se controla a tenor de los criterios atributivos de jurisdicci n directa del foro de reconocimiento y no del ordenamiento del cual proviene la sentencia, surge con nitidez la adhesi n a la doctrina bilateralista como m todo de control de la jurisdicci n internacional extranjera[28] .

Junto a esta condici n, se mencionan la notificaci n en debida forma legal y con tiempo suficiente para que el demandado pueda organizar

---

[27] Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, art, 5, inc. a); CIDIP de 1979, art. 2, inc. d); Protocolo de Las Le as, art. 20, inc. c); C digo Procesal Civil y Comercial de la Naci n, art. 517, inc. 1.. Corresponde dejar en claro que la mencionada Convenci n Interamericana es un convenio simple, porque s lo ja las reglas de reconocimiento de las decisiones judiciales. Es por ello, que para lograr una e caz aplicaci n de su art. 2 inc. d), en la Tercera Conferencia Especializada celebrada en La Paz, Bolivia, en 1984, se adopt la Convenci n sobre Competencia en la Esfera Internacional para la E cacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras que establece un marco normativo con el n de evitar con ictos de competencia entre sus Estados Parte. Conviene tambi n se alar que esta aspiraci n se ha prolongado en el tiempo, pues cuenta con una nica rati caci n —M xico— y a n no entr en vigencia. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

[28] La otra doctrina es la unilateralista con sus dos variantes: simple, en virtud de la cual se examina la jurisdicci n internacional del tribunal extranjero seg n los criterios atributivos de jurisdicci n directa de su propio ordenamiento; doble, que consiste en la veri caci n de la jurisdicci n internacional del tribunal de origen de la sentencia con arreglo a sus propios criterios atributivos de jurisdicci n directa, no obstante, autoriza al Estado requerido a denegar el reconocimiento cuando invada la jurisdicci n internacional exclusiva del foro. Ver Calvo Caravaca, Alfonso, La sentencia extranjera en Espa a y la competencia del juez de origen, 1986, p. 58 y ss.

En su comentario al fallo de 21 de marzo de 1989 pronunciado por la C mara Nacional Civil sobre la petici n de reconocimiento de un divorcio extranjero y la correspondiente inscripci n de la extinci n del matrimonio en el registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, Radzyminski, Alejandro expresa que el caso M., A.A.E. y Y., G. S. , sugiere un original par metro de control —de notoria inclinaci n liberal— en raz n del cual toda vez que la jurisdicci n internacional argentina de car cter exclusivo no sea conculcada, corresponde reputar satisfecho el recaudo del art. 517 del c d. procesal y juzgar en consecuencia al pronuncia-

su defensa en el proceso desarrollado en el Estado de origen; y el car c-ter de ejecutoriada o fuerza de cosa juzgada que debe revestir la deci-si n[29] .

Finalmente, en iguales o parecidos t rminos, se establecen los motivos de denegaci n del reconocimiento o de la ejecuci n:

a) la incompatibilidad de la sentencia con otra pronunciada con anterioridad o simult neamente en el Estado requerido, entre las mismas partes, sobre la misma causa e identidad de objeto[30].

b) el car cter manifiestamente contrario al orden p blico del Estado requerido de reconocimiento o ejecuci n. A diferencia de la anterior condici n, es un principio que se reitera en la legislaci n internacional e interna[31].

miento for neo —a este respecto— susceptible de reconocimiento en el pa s . Es pertinente aclarar que los peticionantes de nacionalidad extranjera —la c nyuge alemana y el marido bri-t nico— contrajeron matrimonio en la Rep blica Argentina y posteriormente mudaron su domicilio a Londres, donde obtuvieron la disoluci n del v nculo matrimonial. La disposici n que reglamenta la jurisdicci n internacional de los tribunales argentinos para conocer en cau-sas de disoluci n matrimonial (C. Civil, art. 227) no consagra el car cter exclusivo de la mis-ma por la localizaci n del ltimo domicilio conyugal efectivo o del domicilio del c nyuge demandado en territorio patrio, ver *El Derecho*, t. 137-401/410. Ahora bien, la localizaci n en nuestro pa s de los dos criterios atributivos de jurisdicci n internacional motiv al Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de C rdoba a rechazar el diligenciamiento del exhorto y a anticipar la ine cacia de la sentencia extranjera de divorcio, reputando al tribunal alem n incompetente dado que, en el caso, la jurisdicci n internacional argentina se impone con car cter de exclusiva, TS C rdoba, sala contenciosadministrativo-diciembre 21/1989 B., B. c.D.de B., L.E. , La ley- C rdoba, 1990- 789.

29 Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, art, 5, incs. b) y c); CIDIP de 1979, art. 2, incs. e), f) y g); Protocolo de Las Le as, art. 20, incs. d) y e); C digo Procesal Civil y Comercial de la Naci n, art. 517, incs. 1) y 2).

30 Protocolo de Las Le as, art. 22; C digo Procesal Civil y Comercial de la Naci n, art. 517, inc. 5. Los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, ni la Convenci n Interamericana de 1979 contemplan este presupuesto del reconocimiento y del exequatur.

31 Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, art, 5, inc. d); CIDIP de 1979, art. 2, inc. h); Protocolo de Las Le as, art. 20, inc. f); C digo Procesal Civil y Comercial de la Naci n, art. 517, inc. 4).

Frente al reconocimiento global de todos los pronunciamientos de la sentencia extranjera, la Convenci n de 1979 admite incluso la posibilidad de que haya un reconocimiento parcial cuando  sta no pueda tener eficacia en su totalidad, es decir, admiti ndolo con relaci n a ciertos pronunciamientos independientes entre s  contenidos en el fallo[32] .

El breve recorrido por las condiciones establecidas en las fuentes de origen internacional como en las de origen interno, se justifica porque ello nos permitir  intentar realizar un an lisis adecuado de la eficacia en Argentina de una sentencia pronunciada en un Estado Parte de un instrumento convencional.

## CS, octubre 15-1996- "Riopar, S.R.L. c. Transportes Fluviales Argenrío, S.A. s/exhorto"[33]

### a) Los hechos y antecedentes del caso

El juez de la Rep blica de Paraguay curs  una rogatoria al juez argentino a fin de que se oficiase al Registro Nacional de Buques para la cancelaci n de una hipoteca naval que gravaba las embarcaciones que fueron subastadas en un juicio ejecutivo sustanciado en ese pa s, siendo la firma Riopar S.R.L. adjudicataria de los bienes en aquel remate.

Por decisi n de primera instancia, se neg  el libramiento del oficio al Registro Nacional de Buques para la cancelaci n de la hipoteca naval que gravaba las embarcaciones subastadas por orden judicial en la Rep blica de Paraguay, debido a que el acreedor hipotecario, notificado por oficio, careci  de la oportunidad de conocer la sentencia de remate dictada en jurisdicci n extranjera en tiempo  til como para organizar y presentar la defensa de sus derechos con anterioridad a la subasta p blica que tuvo lugar el 19 de enero de 1993.

32 El reconocimiento parcial est  contemplado espec  camente en el art. 23 del Protocolo de Las Le as. Dentro de las m s modernas legislaciones americanas nos parece oportuno recordar su recepci n por la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998.

33 Diario *El Derecho* 1… de abril de 1997, con nota a fallo de Palacio, Lino Enrique  Algunas re e-xiones acerca del recurso extraordinario federal frente a la aplicaci n de tratados internacionales . Un an lisis detallado de la tem tica sobre la que versa el fallo puede verse en Felds-

La sala 3 de la C mara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, confirm  lo resuelto en la instancia anterior. Contra dicha sentencia, la firma Riopar S.R.L. —adjudicataria de los bienes en el remate— interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue concedido.

**b) El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

No obstante considerar que la decisi n del *a quo* no revest a el car cter de sentencia definitiva, el Alto Tribunal juzg  que debe ser equiparada a tal a los efectos de la apelaci n extraordinaria, pues entra a la negativa al cumplimiento de la rogatoria cursada por un juez extranjero, comprometiendo la observancia por el Estado Nacional de sus obligaciones internacionales.

Declar , asimismo, formalmente admisible el recurso extraordinario, en raz n de hallarse en juego la interpretaci n y aplicaci n del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940[34] y la Convenci n Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, siendo la decisi n contraria al derecho que el apelante fund  en tales convenios.

- **El orden público internacional**

Admitido el recurso, la Corte se al  que la extensi n de la eficacia de la resoluci n judicial dictada en la Rep blica de Paraguay estaba condicionada a la satisfacci n de ciertos recaudos establecidos en los tratados que unen a ambos Estados, ...algunos de los cuales pueden ser verificados de oficio por el juez requerido, entre ellos, la compatibilidad de lo actuado y resuelto con los principios y leyes de orden p blico del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecuci n (art. 2, inc. h, de la Convenci n Interamericana; art. 5, inc.d, del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940).

En ese sentido, el tribunal expres  que el silencio y falta de intervenci n del acreedor hipotecario en el juicio ejecutivo llevado a cabo en

---

tein de C rdenas, Sara L., Reconocimiento y ejecuci n extranjeras: la delicada pero decidida intervenci n del orden p blico internacional , Colecci n de an lisis jurisprudencial, ob. cit., pp. 478/495.

[34] En vigor entre Argentina, Paraguay y Uruguay.

el extranjero, afectan el principio del debido proceso adjetivo consagrado en el art. 18 de la Constituci n Nacional[35] que integra el orden p blico internacional argentino y a l debe conformarse todo procedimiento que concluya en la sentencia dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la Rep blica. A la luz del art. 2, inc. f) de la Convenci n Interamericana —que condiciona la extensi n de la eficacia de la sentencia fuera del territorio dentro del cual fue emitida a que se haya asegurado la defensa de las partes — resolvi que, a pesar que los tratados aplicables no prev n plazos procesales, pues ello corresponde al Derecho Interno del Estado donde tiene lugar el procedimiento, las formas procesales deben cumplirse de manera que no se frustre su finalidad esencial. En consecuencia, corresponde al juez del Estado requerido ponderar si, en la especie concreta, la citaci n fue regular y dio posibilidad real de asegurar la defensa de la parte, sin que ello implique incurrir en una revisi n de fondo .

En suma, la Corte decidi confirmar la sentencia apelada atento a que la orden judicial de extinguir, sin debate, la hipoteca naval regularmente constituida y registrada en el Estado de la bandera que el buque y las barcazas ten an al tiempo de los hechos, coloca en indefensi n a la parte beneficiada por la garant a real y afecta principios constitucionales que integran el orden p blico internacional argentino (arts. 17 y 18 de la Constituci n Nacional).

## IV | Reflexiones Finales

La intensificaci n de las relaciones privadas internacionales, producto del desarrollo de los medios de comunicaci n en el mundo —que facilitan el desplazamiento de personas y bienes, la celebraci n de contratos a distancia, v a fax, internet, etc.,— as como la creciente interdependencia social y econ mica de los Estados que ha dado lugar a la integraci n

[35] El art. 18 de la Constituci n Nacional establece que: Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos , y dichas garant as judiciales tambi n est n consagradas en el art. 8 del Pacto de San Jos de Costa Rica que tiene, a partir del a o 1994, jerarqu a constitucional.

de  stos en un ente pol tico y organizativo diverso[36], conllevan la necesidad de profundizar la cooperaci n jur dica internacional para llevar a buen t  rmino un proceso en el que se sustancia una situaci n de tr fico jur dico externo.

A trav s de la rese a de las sentencias seleccionadas, procuramos destacar la colaboraci n que existe entre nuestros tribunales y los  rganos judiciales extranjeros, desde la solicitud para diligenciar una prueba, pasando por el pedido de trabar un embargo que deb a efectivizarse fuera del territorio nacional, hasta llegar al reconocimiento y ejecuci n de una sentencia pronunciada en otro Estado.

Ahora bien, el deber de cooperaci  n, que aparece como el mejor reconocimiento hacia la diversidad de los  rdenes jur dicos y hacia el respeto por el Derecho For neo[37], tiene ciertas salvaguardas, entre ellas, agazapada y al acecho se encuentra siempre la excepci n de orden p blico internacional. Los textos interamericanos contienen expresamente esta cl usula de reserva que  es en definitiva, el orden p blico del foro, el conjunto de principios fundamentales e inderogables por voluntad de las partes, en que se asienta el orden jur dico local y que el juez que entiende en la causa debe invocar y utilizar para excluir la aplicaci n de un Derecho Extranjero... que resulta lesivo a tales principios [38].

En un contexto internacional que tiende a la integraci n, resulta necesario evitar invocaciones abusivas del orden p blico que se traduzcan en inmotivadas causas de rechazo del auxilio judicial solicitado[39],  ...puesto

---

[36] Fern ndez Rosas, Jos  Carlos y S nchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit. p. 29 y ss.

[37] Opertti Bad n, Didier,  La asistencia judicial internacional. Un enfoque general.  ltimos desarrollos en el  mbito penal , en *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario*, obra dirigida por Angel Landoni Sosa, Fundaci n de Cultura Universitaria, Universidad de la Rep blica de Montevideo, 1997, pp. 133/147.

[38] Kaller Orchansky, Berta, Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1994, p. 356.

[39] La integraci n conduce a disminuir o atenuar las barreras del orden p blico, en tal sentido, Ciuro Caldani, Miguel  ngel expresa que en un  mbito comunitario,  Bajo el amparo del poder y la previsibilidad, se produce un campo mayor para el juego de la cooperaci n y de la solidaridad , cita del art culo  Bases para los reg menes de jurisdicci n y ley aplicable en la integraci n del Mercosur , publicado en Investigaci n y Docencia, N. . . 23, Facultad de Dere-

que resulta sumamente peligrosa esta facultad en tribunales naturalmente inclinados a la aplicaci n de sus propias leyes materiales [40].

Un buen ejemplo del alcance del correctivo, se infiere del caso del juez estadounidense que pide a su par argentino competente la recepci n de una declaraci n testimonial a prestar por la hija del demandado, por lo que la C mara ingresa en el terreno movedizo del orden p blico, en orden a deslindar los l mites difusos que presenta la excepci n desde la perspectiva interna e internacional. Con gran acierto se ala que cualquier norma coactiva, opuesta a la autonom a de las partes en el  mbito del Derecho Interno, por el mero hecho de serlo no constituye, por raz n de orden p blico internacional, obst culo a la aplicaci n del Derecho Extranjero, al reconocimiento o ejecuci n de decisiones de ese origen o a la cooperaci n jur dica internacional.

Cabe traer a colaci n la Declaraci n hecha por la Rep blica Oriental del Uruguay al suscribir los textos interamericanos, en el sentido de dejar expresa y claramente se alado que el orden p blico internacional es un instituto jur dico singular, no identificable necesariamente con el orden p blico interno de cada Estado.

Asimismo, bueno es recordar que a ra z de la ratificaci n de la Convenci n Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado[41], adoptada por la Segunda Conferencia Especializada en la ciudad de Montevideo, en el a o 1979, el car cter excepcional del orden p blico se ha reafirmado en el Derecho Positivo argentino. En efecto, la reserva s lo autoriza a prescindir de la aplicaci n normalmente aplicable si fuere  ...manifiestamente contraria a los principios de su orden p blico  (art. 5), con el a adido del adverbio  manifiestamente  se hace hincapi  en el car cter excepcional del recurso. Tal es el alcance que Uruguay

---

cho, Universidad Nacional de Rosario, 1993, p. 7. Asimismo, sostiene que el juego de  las pautas m s o menos abstractas para resguardar la existencia del  mbito receptor ante la posible amenaza de la respuesta recibida  evidencia que  la integraci n se vale de la disminuci n de las reservas en los part cipes del proceso , en  Aportes para una teor a de las respuestas jur dicas , Investigaci n y Docencia, N. . . 37, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2004, p. 125.

40 CNCiv., sala I, abril 20-1995-  Martov, Samuel  s/sucesi n  ab-intestato , apar. VII-segundo p rrafo, ED, 162-598.

41 Ver nota 3.

le otorga a la cl usula de reserva en la citada Declaraci n, al afirmar que ...la f rmula aprobada comporta una autorizaci n excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicable los preceptos de la ley extranjera cuando stos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden p blico internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jur dica .

Esa fue la l nea argumental del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Naci n para negar el libramiento de un oficio al Registro Nacional de Buques para la cancelaci n de una hipoteca naval, advirtiendo que el acreedor hipotecario, notificado por oficio, careci de la posibilidad de tomar conocimiento de la sentencia de remate dictada en jurisdicci n extranjera en tiempo til como para organizar y presentar la defensa de sus derechos con anterioridad a la subasta. Acorde al principio constitucional del debido proceso legal, el demandado tiene el derecho a ser citado y/o emplazado en forma regular y con tiempo suficiente, de modo que haya dispuesto de la efectiva posibilidad de articular su defensa jur dica en el procedimiento abierto en el extranjero.

La jurisprudencia ha se alado que el objeto del procedimiento de exeq atur no es la relaci n sustancial debatida en el proceso cuya sentencia se pretende hacer reconocer, sino la decisi n o fallo extranjero como tal, a trav s de un examen de ndole procesal tendiente a verificar su idoneidad ejecutoria en el pa s[42]. El l mite de orden p blico en el exeq atur atiende a la protecci n de valores fundamentales de ndole social o eco n mica del foro, en un tiempo hist rico determinado, es decir, de los valores presentes en el momento en que se solicita el reconocimiento, no en

[42] CNCiv., sala G, marzo 21-1989- M., A.A.E. y Y., G.S. , primer p rrafo, EL Derecho 137-401 con nota a fallo de Radzyminski, Alejandro P., El reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en Argentina . La C mara Civil inaugura la doctrina a cuyo tenor el testimonio de la sentencia de divorcio extranjera es substituible por un certi cado emanado de una autoridad judicial del Estado en el cual la decisi n fue pronunciada (Gran Breta a), siempre que satisfaga no s lo los recaudos de ndole formal —autenticaci n, traducci n— sino que de sus enunciaciones resulte acreditado que se colman todos los extremos exigidos por el art. 517 del C digo Procesal Civil y Comercial de la Naci n para consentir que la sentencia for nea despliegue sus efectos en el pa s.

el de dictarse la resoluci n judicial extranjera[43]. Para precisar cu les son los principios fundamentales del ordenamiento jur dico argentino, es preciso examinar, en primer lugar, los principios contenidos en la Constituci n Nacional v. gr. igualdad ante la ley, no discriminaci n por raz n de sexo, igualdad de los c nyuges o de los hijos, la protecci n del menor, el Derecho a la Propiedad Privada, libertad de empresa etc.

El hecho de examinar que la sentencia extranjera no sea contraria al orden p blico internacional argentino, no implica que deba realizarse una revisi n de fondo de dicha decisi n, esto es, controlar la ley aplicada por el juez del Estado de origen o la valoraci n de los hechos que dicho  rgano jurisdiccional realiz [44]. En ese sentido, a los efectos de revocar la resoluci n de primera instancia la C mara Nacional ha dicho que el juez argentino carece de facultades para revisar la soluci n de fondo dada por el tribunal del Estado de Virginia (EEUU) en la sentencia cuyo reconocimiento se pretende por v a de exeq atur —en el caso, la que hizo lugar a un pedido de cambio de nombre— ni siquiera cuando dicho tribunal ha aplicado Derecho Material argentino[45].

Conviene tambi n dejar en claro que tanto el r gimen interno como convencional, regulan de manera separada el control de las garant as procesales y el control de orden p blico (CPCCN, art. 517, incs. 2 y 4; Convenci n Interamericana, art. 2, incs. e), f), y h).

Podemos concluir que el desconocimiento o la utilizaci n incorrecta de los convenios por parte de los  rganos jurisdiccionales y otras instancias p blicas de un pa s, lleva a frustrar las ventajas que brinda el

---

43 Fern ndez Rosas, Jos  Carlos y S nchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado,* ob. cit., p. 293.

44 Calvo Caravaca, Alfonso l. y Carrascosa Gonz lez, Javier, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 540.

45 El magistrado anterior rechaz  el pedido de inscripci n de la partida de nacimiento extranjera y la sentencia que hizo lugar a un pedido de cambio de nombre cuyo reconocimiento se pretend a, porque resultaba violatoria de los principios de orden p blico establecidos en la ley sobre el  Nombre de las Personas Naturales  N… 18.248 (B.O. 24/6/1969). Contrariamente a lo expresado en la resoluci n recurrida, la C mara consider  que tal sentencia no afectaba el orden p blico local, desde que la propia ley del nombre admite excepciones al principio de inmutabilidad en el art. 15. CNCiv., sala E, 3/7/2001- Cameron, Claudia E. La Ley, t. 2002-A-498.

Derecho Convencional, aunque loable por cierto resulte la actividad jurisdiccional dirigida a corregir estos excesos. La revocatoria judicial no constituye el paradigma del proceder jur dico, dado que  sta presupone un largo camino que debilita la seguridad jur dica y la confianza primigenia que deber a descollar ab initio en las relaciones entre los Estados.

S lo nos resta esperar que el esp ritu de colaboraci n que subyace en las resoluciones presentadas, otorgando a la excepci n de orden p blico internacional su justo alcance, proyecte su luz e ilumine el juicio de los magistrados llamados a resolver las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado.

## Bibliografía


¥ Calvo Caravaca, Alfonso. (1986). *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*.

¥ Calvo Caravaca, Alfonso L. y Carrascosa Gonz lez, Javier. (1997). *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Granada: Editorial Comares,

¥ Ciuro Caldani, Miguel ngel. (1993). Bases para los reg menes de jurisdicci n y ley aplicable en la integraci n del MERCOSUR. *Investigación y Docencia, 23*, 7. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

¥ ______. (2004). Aportes para una teor a de las respuestas jur dicas. *Investigación y Docencia, 37*, 125. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

¥ Dreyzin de Klor, Adriana. (2004). La cooperaci n jur dica internacional de cara al ALCA. En *Estudios en homenaje a la doctora Berta Kaller Orchansky* (pp. 89-106). Poder Judicial de la Provincia de C rdoba - Tribunal Superior de Justicia. C rdoba: Ed. Advocatus.

¥ Feldstein de C rdenas, Sara L. (2004). *Colección de análisis jurisprudencial- Derecho Internacional Privado y de la Integración.* Bs. As.: Ed. La Ley.

¥ Ferm , Eduardo Leopoldo. Derecho Internacional Privado - Convenci n Interamericana sobre Normas Generales. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Ap ndice, t. 5.

¥ Fern ndez Arroyo, Diego. (coord.). (2003). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Bs. As.: Ed. Zaval a.

¥ Fern ndez Rosas, Jos Carlos y S nchez Lorenzo, Sixto (1999). *Derecho Internacional Privado* (1» Ed.). Madrid: Civitas.

¥ Garau Sobrino, Federico. (1992). *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*. Madrid:, Ed. Tecnos.

¥ Goldschmidt, Werner. (1985). *Derecho Internacional Privado* (5» Ed.). Bs. As.: Depalma.

¥ Kaller Orchansky, Berta. (1994). *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado.* Bs. As. : Ed. Plus Ultra.

¥ Najurieta, Mar a Susana. (1991, Febrero, 6). Reconocimiento y ejecuci n de sentencias en materia civil entre la Rep blica Argentina y la Rep blica Italiana. *El Derecho*.

¥ Opertti Bad n, Didier. (1997). La asistencia judicial internacional. Un enfoque general. ltimos desarrollos en el mbito penal. En Angel Landoni Sosa (Dir.), *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario* (pp. 133-147). Universidad de la Rep blica de Montevideo: Fundaci n de Cultura Universitaria.

¥ Parra Aranguren, Gonzalo. (1982). *Codificación del Derecho Internacional Privado en América - Las seis convenciones suscriptas en Panamá 1975*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jur dicas y Pol ticas, Caracas: Imprenta Universitaria.

¥ P rez Milla, Javier. (2000). *La notificación judicial internacional.*, Granada: Ed. Comares.

¥ Tellechea Bergman, Eduardo. (1997). La cooperaci n Jur dica Internacional de mero tr mite y probatoria. En Angel Landoni Sosa (Dir.), *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario* (pp. 149-164). Fundaci n de Cultura Universitaria, Universidad de la Rep blica de Montevideo.

¥ Uriondo de Martinoli, Amalia. (1996). *Integración regional - Derecho Procesal Internacional.* C rdoba: Ed. Advocatus.

## Jurisprudencia

1) CNCiv., sala I, febrero 24-2000, Garramone, Esteban I. y otro c. Solanet, Rodolfo y otro s/exhorto , con nota a fallo de Ramayo, Ra l Alberto, El auxilio judicial internacional argentino en materia de declaraci n de testigos , El Derecho de 14 de setiembre de 2000.
2) CNCiv., sala I, abril 20-1995, Martov, Samuel s/sucesi n ab-intestato , El Derecho, t. 162-598.
3) CNCiv., sala G, marzo 21-1989, M.,A.A.E. y., G.S. , con nota a fallo de Radzyminski, Alejandro P., El reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en Argentina , El Derecho, t. 137-401.
4) TS C rdoba, sala contenciosadministrativo-diciembre 21/1989 B., B. c.D.de B., L.E. , La ley - C rdoba, 1990- 789.
5) CNCiv. sala J, agosto 25-1998, N.,S.R. y O.R.M. s/divorcio , El Derecho, t. 184-35.
6) CS, octubre 15-1996, Riopar, S.R.L. c.Transportes Fluviales Argenr o, S.A. s/exhorto , con nota a fallo de Palacio, Lino Enrique Algunas re exiones acerca del recurso extraordinario federal frente a la aplicaci n de tratados internacionales . El Derecho, 1… de abril de 1997.
7) CNCiv., sala E, 3/7/2001, Cameron, Claudia E. La Ley, t. 2002-A-498.

# Derecho Internacional Privado

## En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho Internacional Privado

Eugenio Hernández-Bretón

### I | Introducción

#### El Difícil Problema de las Calificaciones en el Derecho Internacional Privado

El problema de las calificaciones [1] en el Derecho Internacional Privado ha sido tema de interminables discusiones desde la poca de Franz Kahn y Etienne Bartin. Independientemente de las dificultades te ri-cas siempre presentes en las discusiones entre eruditos, en tiempos m s recientes ha surgido un nuevo problema, a saber: ser posible regular mediante ley o alg n acto del poder legislativo el problema de las califica-ciones en el Derecho Internacional Privado? No es f cil responder esta pregunta. Se ha dicho que el problema de las calificaciones es ...un des th mes les plus discut s en droit international priv [2] y, seguramente, se-

---

[1] La terminolog a castellana es bastante uniforme en aceptar la expresi n *calificaciones*. En otros idiomas no hay t rmino uniforme, por ejemplo en el idioma ingl s. V ase Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers, Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, 3ª Edici n, 2000, pp. 119-120. Sobre la evoluci n de las discusiones en torno a este tema en el mundo de habla inglesa v ase Helmut Weber, Die Theorie der Quali kation. Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Quali kation als allgemeines Problem des Internationalen Privatrechtes (1890-1945), 1986, pp. 90-92, 164-181.

[2] Erik Jayme, *Identité culturelle et integration: Le droit international privé postmoderne. Cours general de droit international privé,* Recueil des cours 251 (1995), p. 108. Un gran n mero de auto-

guir siendo as durante los pr ximos a os[3]. La doctrina y la jurisprudencia han enfocado el problema de las calificaciones desde distintos puntos de vista, pero a n es debatible[4]. Los juristas deben enfrentarse a esta espinosa pregunta[5]. El Profesor Ehrenzweig llam al problema de las calificaciones ...una inoportuna adici n a la doctrina norteamericana [6]. Uno de los antagonistas m s feroces de la teor a de las calificaciones como instituci n del Derecho Internacional Privado, el Professor Juenger, reflexionaba con escepticismo acerca del problema y cuestionaba si ste tendr a alguna posibilidad de soluci n. Hace algunos a os el mismo Juenger escribi : Esta est ril controversia (acerca del problema de las calificaciones) ha existido durante siglos, lo cual es una indicaci n que su soluci n siempre estar fuera del alcance de los expertos [7]. El problema de las calificaciones genera tanta confusi n que se ha destacado que para este problema no existe una explicaci n legal ni l gica[8]. En consecuencia, Juenger expres que nuestro tema est dividido entre lo pseudol gico ofrecido por te ricos y el deseo de hacer justicia , por lo tanto, ...algunos tribunales se

---

res comparten este punto de vista, entre los cuales est Ernst Steindorff, *Sachnorm im internationalen Privatrecht,* 1958, p. 52, quien dijo: Die internationalprivatrechtliche Quali kation wird noch heute als eines der schwierigsten und ungekl rsten Gebiete des internationalen Privatrechts bezeichnet ( Las cali caciones en el Derecho Internacional Privado son consideradas todav a hoy como uno de los problemas m s dif ciles y m s poco clari cados del Derecho Internacional Privado ).

3 Erik Jayme, Quali kation und Favor Negotii im Internationalen Privatrecht, en *Estudos em Homenagem a Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço,* Tomo I, 2002, pp. 209-215.

4 Jayme, (N. 2), pp. 110 et seq.

5 Seg n lo expresado por Leo Scheucher, Buchbesprechung von Adolf Schnitzer, Handbuch des Internationalen Privatrechts einschliessend Prozessrecht, unter besonderer Ber cksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. 4ª Edici n, 1957, Volumen I, en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1961, p. 256 ( d rnige Quali kationsfrage ).

6 Albert A. Ehrenzweig, Characterization in the Con ict of Laws: An unwelcome addition to American Doctrine, en Kurt Nadelmann/ Arthur T. von Mehren and John Hazard (Editors), *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema*, 1961, pp. 395 et seq.

7 Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, 1993, p. 73.

8 Werner Niederer, *Die Frage der Qualifikation als Grundproblem des internationalen Privatrechts,* 1940, p. 89: Die Frage der Quali kations-Problem scheint nur solange unl sbar, als wir eine

rinden ante una conceptualizaci n est ril mientras otros recurren a artima as con el fin de obtener los resultados apropiados. De hecho, la nica caracter stica atractiva del misterioso proceso de calificaciones es su inclinaci n hacia la prestidigitaci n [9]. Para mayor desconcierto entre los expertos, algunos han se alado que los tribunales han contribuido con mayor confusi n a un tema ya de por s confuso [10].

## El Resultado de la Desesperación General

La falta de acuerdo en cuanto a las soluciones te ricas y las deficiencias conceptuales y pr cticas en las decisiones de los tribunales durante a os han generado una actitud negativa y un estado de desesperaci n en relaci n con la imposibilidad de una soluci n legislativamente formulada para el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado. La frustraci n de cualquier esfuerzo que se realice al respecto se puede explicar f cilmente sobre la base de una reciente experiencia italiana: Nell ambito della elaborazione della legge sul diritto internazionale privato (Ley de Derecho Internacional Privado italiana de 1995), [...] la qualificazione era stata oggetto di intense discussioni, [...] Come noto, si era allora rinunciato a disciplinare la qualificazione. A giustificazione della reticenza a disciplinare questioni generali del diritto internazionale privato era stato addotto che la maggior parte dei problemi non erano dalla dottrina risolti all unanimit . E anche se una definizione legislativa non concluderebbe necessariamente il confronto scientifico, essa imporrebbe tuttavia soluzioni che, fra qualche anno, potrebbero non resistere alla critica. Segnatamente in merito alla qualificazione era stato rilevato come una normativa

---

rein begrif ich-logische L sung suchen, die es nicht geben kann ( La cuesti n del problema de las cali caciones no parece solucionable en tanto s lo busquemos una soluci n l gico-conceptual, la cual no parece existir... ).

Juenger, (N. 7), p. 73.

Juenger, (N. 7), p. 74: Los resultados obtenidos por los tribunales mediante dichas manipulaciones podr an ser acertadas, pero esta clase de teleolog a tiene un costo. Los magistrados deben sacri car su honestidad intelectual . Se puede encontrar una opini n contraria en Jacob Dolinger, In defense of the general part principles, en *International Conflicts of Law for the Third Millenium. Essays in honor of Friedrich K. Juenger*, 2000, pp. 28-29.

legislativa che riflettesse la teoria della *lex fori*, sarebbe risultata insoddisfacente. Se invece si fosse attenuato il principio del riferimento alla *lex fori,* ne sarebbe conseguita la definizione di una nozione che, in ragione del suo carattere d astrattezza, non avrebbe facilitato il compito del giudice [11].

La experiencia austr aca asimismo ha enfrentado ideas sobre la conveniencia o inconveniencia de reglamentar el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado. Las gestiones de Fritz Schwind para responder al problema en el contexto de la IPR-Gesetz austr aca tambi n cedieron ante la cr tica. Como dice el Profesor Schwind, se rechaz la propuesta para regular el problema de las calificaciones porque la teor a que se adoptar a ( *Stufenqualifikation* ) ...ausser in einem Teil des sterreichischen Schriftums international keine Gefolschaft gefunden habe ( ...salvo por una parte de la doctrina austr aca, a nivel internacional no ha encontrado seguidores ). Por lo tanto, ...die Kodifikation von Qualifikationsl sungen (erscheint) insgesamt heute in der Fachliteratur als undurchf rbar ( ...para la literatura especializada la codificaci n de las soluciones del problema de las calificaciones parece hoy irrealizable ). Desde su punto de vista, salvo por pocos autores, esta interpretaci n refleja la opini n constante de la doctrina en el mundo de habla germana[12].

Otro resultado similar se gener en las Am ricas durante la discusi n y aprobaci n de la Convenci n Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo 1979). Nuevamente, la falta de consenso entre la doctrina y jurisprudencia regional fue decisiva para as determinar la ausencia de una resoluci n expresa del problema de las calificaciones[13]. En ese momento se mencion , adem s, que en esa Conferencia ...las en rgicas actitudes contrapuestas impusieron un respetuoso silencio sobre el asunto, y ...la falta de reglas expresas para enfrentar con entusiasmo el problema de las calificaciones, contribuy a que no se intentara responderlo[14]. La doctrina estuvo de acuerdo, sin

---

[11] Monique Jametti Greiner, Quali cazione in generale e quali cazione in particolare, en Collisio Legum, *Studi di Diritto Internazional Privato per Gerardo Broggini,* 1997, pp. 187-188.

[12] Fritz Schwind, Schnitzers Quali kationslehre im sterreichischen IPR, en *Liber Amicorum Adolf Schnitzer,* 1979, p. 430.

[13] Tatiana B. de Maekelt, *Normas generales de derecho internacional privado en América,* 1984, p. 175.

[14] Gonzalo Parra-Aranguren, La Convenci n Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (Montevideo, 1979), en *Anuario Jurídico Interamericano* 1979, p. 186.

embargo, que ...mucho m s vali no resolver un problema que solucionarlo deficientemente [15].

## II | Respuestas domésticas al problema de las calificaciones: algunos ejemplos en el mundo

Imp vidos ante el confuso ambiente que rodea al problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado, los legisladores nacionales han intentado regular la materia. Las legislaciones dom sticas corresponden al estado de las discusiones te ricas. No hay acuerdo en cuanto a la respuesta correcta que debe darse al problema. Se podr a decir con exactitud, sin embargo, que las legislaciones nacionales muestran una preferencia por la teor a de la *lex civilis fori*. Como veremos, s lo pocos sistemas legales se apartan de la tendencia general y muchos sencillamente han decidido dejar el asunto abierto para las discusiones de expertos y a la jurisprudencia.

El paradigma de las tendencias generales se encuentra en el art culo 12.1 del C digo Civil espa ol. Claramente formula la teor a *lex civilis fori* sin excepciones de ning n tipo: La calificaci n para determinar la norma de conflicto aplicable se har siempre con arreglo a la ley espa ola . El mundo isl mico sigue un enfoque similar sobre la base del art culo 10 del C digo Civil egipcio de 1948[16]. Por ejemplo, el art culo 9 del C digo Civil argelino de 1975 dice: En cas de conflit des lois, la loi alg rienne est comp tente pour qualifier la cat gorie laquelle appartient le rapport de droit, objet du litige, en vue de d terminer la loi aplicable . El art culo II del C digo Civil sirio de 1949 adopta una posici n id ntica. El art culo II del C digo Civil jordano de 1977 reproduce esta norma as como el art culo 10 del C digo Civil de los Emiratos rabes Unidos de 1985. A su vez, Libia aplica la misma soluci n en su C digo Civil de 1954 as como tambi n lo hace Kuwait en el art culo 30 de la Ley 5/1961. Mauritania incorpor la

[15] Seg n Werner Goldschmidt, citado por Maekelt, (N. 13), p. 175 y Parra-Aranguren, (N. 14), p. 186.

[16] Salvo que se indique lo contrario en este escrito, se citan los art culos de pa ses no europeos seg n la transcripci n que se hace en Jan Kropholler, Hilmar Kr ger, Wolfgang Riering, J rgen Samtleben, Kurt Siehr (Editores), *Aussereuropäische* IPR-Gesetze, 1999.

misma soluci n en el art culo 6 del *Code des Obligations et de Contrats* de 1989 y Yemen hizo lo mismo en el art culo 24 de la Ley 19/1992. Sud n comparte el mismo punto de vista en el art culo 10 del C digo Civil de 1971. En Somalia, el art culo 10 del C digo Civil de 1973 estipula: La qualificazione della categoria alla quale appartiene un dato raporto giuridico, al fine di individuare la legge applicable in caso di conflitto tra leggi diversi, e fatta in base all«ordinamento giuridico somalo . El art culo 17 (1) del C digo Civil iraqu de 1951 comparte el mismo punto de vista, salvo por la excepci n establecida en el art culo 17 (2) de dicho C digo, seg n la cual la ley del *situs* determina la naturaleza tangible o intangible de los bienes. Una variaci n de lo que antecede se encuentra en el art culo 27 del C digo de Derecho Internacional Privado tunecino de 1998, el cual estipula que: La qualification s«effectue selon las categories du droit tunisien si elle a pour objectif d«identifier la r gle de conflit permettant de determiner le droit applicable . Adem s, agrega lo siguiente : Lors de la qualification, il sera tenu compte des diff rentes categories juridiques internationales et de sp cificit s du droit international priv . Esta disposici n realmente se aparta de las tendencias y abre la puerta a otras teor as, particularmente a la posibilidad de una calificaci n aut noma o teleol gica.

El C digo Civil de Uzbekist n de 1997 es receptivo a la teor a *lex civilis fori*. El art culo 1159 de dicho C digo estipula en su parte relevante que: La calificaci n legal de conceptos legales por parte de un tribunal u otro organismo del Estado se basar sobre la interpretaci n de sta de conformidad con las leyes de la Rep blica de Uzbekist n como pa s del lugar de la decisi n de la controversia salvo que una ley disponga lo contrario...

El art culo 3078 del C digo de Qu bec de 1991 contiene una disposici n similar a la del C digo Civil iraqu , es decir, mientras adopta la teor a de la *lex civilis fori* como norma general, establece una excepci n para la calificaci n de bienes sujetos a la teor a *lex civilis causae*. En este sentido dice que: La qualification est demand e au syst me juridique du tribunal saisi; toutefois, la qualification des biens, comme meubles ou immeubles, est demand e la loi du lieu de leur situation .

En Am rica Latina, la tendencia sigue el patr n general. El art culo 25 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteca de 1989 establece que: La calificaci n de la naturaleza de la instituci n o relaci n jur dica se efectuar de acuerdo a la ley del lugar en que se juzgue . El art culo 18 del C digo Civil cubano de 1987 formula su versi n de esta manera: La cali-

ficaci n del acontecimiento natural o acto jur dico necesaria para determinar la norma aplicable en caso de conflicto de leyes, se har siempre con arreglo a la ley cubana . Aunque el C digo Civil peruano de 1984 guarda silencio sobre el asunto, el Proyecto de C digo Civil estipulaba: Para determinar la naturaleza jur dica de las relaciones vinculadas con ordenamientos extranjeros se aplicar n las calificaciones del Derecho peruano. A falta de disposiciones legales directamente pertinentes se aplicar n las normas de conflicto que se deduzcan por analog a de las dem s del tratado o del Derecho peruano y, en ltimo t rmino los principios generales de Derecho Internacional Privado [17]. Aparentemente, la raz n por la cual no se incluy esta disposici n en la versi n final del C digo Civil fue la aceptaci n general de la teor a *lex civilis fori* entre los especialistas peruanos[18]. El sistema brasile o no contiene una regulaci n general sobre las calificaciones. Sin embargo, la Ley de Introducci n al C digo Civil de 1942 contiene regulaciones especiales para la calificaci n de los bienes y de las relaciones jur dicas sobre ellos (art culo 8) y para las obligaciones (art culo 9). En ambos casos la Ley de Introducci n adopta la teor a *lex civilis causae*. En 1912, Pedro Manuel Arcaya public en Venezuela su Proyecto de Ley de Aplicaci n del Derecho Internacional Privado. Su art culo 5, siguiendo la teor a de la *lex civilis fori*, dispon a: Se seguir la ley venezolana para determinar el car cter de la ley extranjera de cuya aplicaci n se trata y para calificar la naturaleza de los actos jur dicos . Este Proyecto nunca se convirti en ley[19]. La novedad m s reciente viene desde Argentina, a saber, el Proyecto de C digo de Derecho Internacional Privado presentado en abril de 2004 al Congreso argentino. El art culo 6 *in fine* del Proyecto adopta la teor a de la *lex civiles causae* como norma general. Por su parte, los puntos de conexi n se calificar n, salvo disposici n en contrario, seg n el Derecho argentino[20].

Los pa ses de habla portuguesa siguen el patr n determinado por el art culo 15 del C digo Civil de 1966. Esta original disposici n dice: A competencia atribu da a uma lei abrange somente as normas que,

---

[17] Mar a del Carmen Tovar Gil y Javier Tovar Gil, *Derecho Internacional Privado*, 1987, p. 51.

[18] Tovar Gil y Tovar Gil, (N. 17), p. 52.

[19] El texto del Proyecto Arcaya puede verse en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Tomo I, pp. 65 y ss.

[20] En cuanto a las propuestas anteriores v ase Adriana Dreyzin de Klor, Los principales desarrollos dentro del Derecho Internacional Privado en el pr ximo siglo en Argentina, en *Revista*

pelo seu conte do e pela fun o que tem nessa lei, integram o regime do instituto visado na regra de conflitos [21]. El art culo 15 del C digo Civil de Angola y del C digo Civil de Mozambique, respectivamente, reproducen el mismo texto.

## III | El enfoque venezolano

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana fue promulgada el 6 de agosto de 1998[22]. No contiene una regulaci n expresa y definitiva en relaci n con el problema de las calificaciones. La Exposici n de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado describi el tema de las calificaciones ...como la m s dif cil y problem tica cuesti n de todo el Derecho Internacional Privado [23]. En relaci n con el problema de las calificaciones, la Ley de Derecho Internacional Privado s lo pretendi aportar unos simples lineamientos generales que sirvan para orientar al int rprete en cuanto al sentido general del problema[24].

---

*Mexicana de Derecho Internacional Privado*, N mero Especial 2000, pp. 51 y ss.; Gualberto Lucas Sosa, Las normas generales de Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Codi- caci n del Derecho Internacional Privado en Argentina, en Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coordinadores), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Liber Amicorum J rgen Samtleben, 2002, p. 203.

21 V ase Antonio Ferrer Correia, *Direito Internacional Privado. Alguns Problemas*, 1996, pp. 150 et seq.; Stefan Grundmann, *Qualifikation gegen die Sachnorm. Deutsch-portugiesische Beiträge zur Autonomie des internationalen Privatrechts*, 1985, pp. 93 et seq.

22 Existe abundante literatura sobre la Ley. En aras de la brevedad s lo citar algunos, a saber, Gonzalo Parra-Aranguren, Ley venezolana de 1998 de Derecho Internacional Privado, *Netherlands International Law Review* 1999, p. 383-394; Tatiana de Maekelt, *Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht*, RabelsZ 64 (2000), pp. 299 et seq.; Eugenio Hern ndez-Bret n , *Neues venezolanisches Gesetz über das Internationale Privatrecht,* IPRax 1999, p. 194-196. La mayor parte de la literatura existente sobre el Proyecto se ha recopilado en una colecci n de cuatro libros publicada por el Tribunal Supremo Venezolano en los a os 2001 y 2002. Los particulares son: Fernando Parra-Aranguren (Editor), *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia). Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*.

23 Tomado de F. Parra-Aranguren, (N. 22), Tomo I, p. 86.

24 Ver Nota 23.

El art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado dice:  El Derecho Extranjero que resulte competente se aplicar  de acuerdo con los principios que rijan en el pa s extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto . La doctrina venezolana considera que esta disposici n no regula el problema de las calificaciones[25]. No obstante, es indiscutible que la Ley de Derecho Internacional Privado contiene una norma sobre el problema de las calificaciones en el art culo 2 independientemente de cu n simple pueda serla. Esta es la conclusi n que se infiere de la referencia hecha al problema de las calificaciones en la Exposici n de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado.

El art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado se elabor  entre los a os 1958 y 1963. El Proyecto original se public  en 1963 y fue revisado m s adelante en 1965. El texto del Proyecto de 1963 dice:  El Derecho Extranjero que resulte competente recibir  igual tratamiento que el Derecho Nacional. Se aplicar  de conformidad con los principios que rijan en el pa s extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto .

Como se puede ver, el art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el cual es el resultado de la revisi n general del Proyecto original que tuvo lugar entre 1995-1998, se corresponde sustancialmente con la redacci n del Proyecto original. Se trata, en todo caso, de una fusi n de los dos p rrafos del art culo 2 del Proyecto original, pero el fondo de la disposici n no se modific  . Esta referencia es muy importante porque se debe entender el art culo 2 como producto de su  poca. En este sentido, una revisi n en el tiempo muestra que la aplicaci n de la norma for nea sujeta a los principios de dicho Derecho Extranjero no ser a una novedad; sin embargo, la referencia a los  objetivos perseguidos por las normas de conflicto del foro  no era com n en nuestro ordenamiento jur dico. Ciertamente, la presentaci n m s clara de esta doctrina se encuentra en la obra original de la Profesora de Magalh es Colla o[26]. Se

[25] Tatiana de Maekelt, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres Años de su Vigencia*, 2002, pp. 88-91; Claudia Madrid, Instituciones Generales en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Tomo II, pp. 84-86; Jos  Muci-Abraham, Bosquejo de la Ley de Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), p. 147.

[26] Isabel de Magalh es Colla o, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, 1964.

puede resumir esta tesis en las siguientes palabras: n a fixac o do sentido e alcance pr prio das categorias utilizadas pela norma de conflitos ter o de estar sempre presentes as finalidadaes espec ficas da norma em quest o [...] Este princ pio dispensa-nos de optar, por um nico dos caminos propostos em tese geral par a interpreta o dos conceitos classificativos. Nada garante *a priori* que a mesma solu o se imponha frente a todas as normas que recorrem a conceitos desse tipo [...] Mas, como resulta de todo o exposto, s perante cada norma positiva poder em ltima an lise decidir-se acerca do valor a atribuir aos conceitos classificativos que ela utiliza [27]. Sin embargo, este libro s lo fue publicado en 1964, despu s de la publicaci n del Proyecto original. De hecho, a mi mejor saber y entender, la obra de la Profesora de Magalh es Colla o fue presentada a la audiencia venezolana mediante la traducci n de una recensi n de dicha obra realizada por Emilio Betti en 1967[28]. Estas circunstancias se pueden ver como una feliz coincidencia, que en distintos momentos en Portugal y en Venezuela, mediante esfuerzos independientes, no relacionados, los expertos obtuviesen los mismos resultados.

Dichos esfuerzos est n enraizados en el desarrollo doctrinal de aquel entonces. Sin limitar las verdaderas influencias sobre el Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, los conceptos de Gerhard Kegel expresados en la Primera Edici n de su obra cl sica: die Systembegriffe, die wir in den Kollisionsnormen des IPR antreffen, sind darum auszulegen, und zwar nach den Zielen, die diese Kollisionsnormen verfolgen ( ...los conceptos calificadores que utilizamos en las normas de conflicto deben interpretarse seg n los objetivos perseguidos por dichas normas de conflicto ),[29] jugaron un papel muy importante en la formulaci n de la soluci n venezolana. Fritz Schwind[30] indic que el art -

[27] De Magalh es Colla o, (N. 26), pp. 211-212.

[28] Emilio Betti, Interpretaci n de los Conceptos Clasi cadores en el Derecho Internacional Privado (traducci n de Benito Sans ), en *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, 1967, pp. 678 et seq.

[29] Citado seg n Gerhard Kegel, *Internationales Privatrecht*. 8ª Edici n, 2000, p. 296.

[30] Fritz Schwind, Disposiciones Generales del Proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren (N. 22), Volumen I, p. 130.

culo 2 reconoce las ideas de Adolf Schnitzer[31] y Leo Scheucher[32]. Es muy probable que las ideas de Lewald,[33] Francescakis,[34] Neuner,[35] Steindorff,[36] Schr der[37], Niederer,[38] Rigaux,[39] Betti,[40] Raape,[41] Jagmetti[42] tambi n hayan sido consideradas con el fin de desarrollar y eventualmente redactar el art culo 2, porque en la b squeda de una soluci n al problema de calificaciones en Derecho Internacional Privado no hay pensamientos aislados. Es una sola cadena de ideas; una lleva a revisar, apoyar o negar las otras.

De tal manera, se tratar a de una calificaci n funcional o teleol gica. Partiendo de las nociones materiales del foro, requerir a entonces comparar la funci n de la norma extranjera con la de la norma de conflicto venezolana. Tal calificaci n se basar a, por tanto, en la funci n u objetivo de la norma venezolana de conflicto, siendo as irrelevante el car cter t cnico-jur dico atribuido por el ordenamiento extranjero aplicable. Lo importante ser a que la norma extranjera desarrolle una funci n equivalente a la perseguida por la norma venezolana de conflicto.

---

31 Ver Adolf F. Schnitzer, *Handbuch des IPR einschliessend Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung*. Tomo I, 4ª Edici n, 1957.

32 Ver Leo Scheucher, *Einige Bemerkungen zum Qualifikationsproblem*, ZfRV 1961, pp. 228 et seq.; asimismo ver Scheucher (N. 5).

33 Hans Lewald, *Règles générales des conflits de lois*, Recueil des cours 69 (1939-III), pp. 78 et seq.

34 Phocion Francescakis, *La théorie du Renvoi et les conflits de systemes en droit international privé*, 1958.

35 Robert Neuner, *Der Sinn der international-Privatrechtlichen Norm. Eine Kritik der Qualifikationstheorie,* 1932.

36 Steindorff, (N. 2).

37 Jochen Schr der, *Die Anpassung von Kollisions-und Sachnormen,* 1961.

38 Niederer, (N. 8).

39 Fran ois Rigaux, *La théorie des qualifications en droit international privé*, 1956.

40 Emilio Betti, *Problematica del Diritto Internazionale Privato*, 1956; ver tambi n Benito Sans , La funci n de la interpretaci n en la b squeda y adaptaci n de la ley extranjera aplicable, en *Estudios Jurídicos*, 1984, pp. 301, 303 y ss.

41 Leo Raape, *Internationales Privatrecht.* 4» Edici n, 1955.

42 Marco A. Jagmetti, *Die Anwendung fremden Kollisionsrechts durch den inländischen* Richter, 1961.

## IV | Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto

La doctrina venezolana est  trabajando para descifrar el sentido del art culo 2 y convertirlo en una herramienta  til para resolver casos con elementos extranjeros[43]. Particularmente, se ha enfocado principalmente el problema de los  objetivos del conflicto de normas venezolanas  seg n se menciona en el art culo 2, asimismo en el art culo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado[44]. Adicionalmente, como veremos, el art culo 2 juega, adem s, un papel importante en relaci n con el reenv o o *renvoi*. Esto se debe a que al discutir si la referencia a un Derecho Extranjero hecha por una norma de conflicto venezolana es una referencia global o material a un sistema extranjero ( *Gesamtverweisung"* o una  *Sachnormverweisung* , valga decir una  remisi n global  o una  remisi n material ), el art culo 2 ha servido para restringir el alcance del art culo 4, el cual regula el reenv o o *renvoi* en Venezuela[45] en una forma muy similar al art culo 4(1) de la EGBGB alem n[46].

La Ley venezolana de Derecho Internacional Privado de 1998 es uno de los productos legislativos contempor neos de mayor riqueza conceptual. Es importante destacar, sin embargo, que la Ley de Derecho Inter-

---

43 Eugenio Hern ndez-Bret n , Los objetivos de las normas venezolanas de con icto, en Kleinheisterkamp y Lorenzo Idiarte (Coordinadores), (N. 20), pp. 169-178.

44 El texto del Art culo 5 es:  Las situaciones jur dicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producir n efectos en la Rep blica, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de con icto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean mani estamente incompatibles con los principios esenciales del orden p blico venezolano .

45 El art culo 4 dispone:  Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado, a su vez, se declare competente, deber  aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado. Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deber  aplicarse este Derecho. En los casos no previstos en los dos p rrafos que anteceden, deber  aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de con icto .

46 Hern ndez-Bret n, (N. 43), p. 177.

nacional Privado recoge el pensamiento internacional privatista de dos pocas claramente diferenciadas las cuales deben tratar de engranarse con la finalidad de lograr un sistema legislativo congruente y consistente en asuntos de Derecho Internacional Privado. Uno de los conceptos utilizados por la Ley de Derecho Internacional Privado que ha generado claras diferencias interpretativas y, por tanto, sospechas acerca de su real funci n, desde su formulaci n original, y que a la vez presenta mayor potencial de beneficiosa y rica discusi n, es el de objetivos de las normas venezolanas de conflicto o de objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto . Tales conceptos son utilizados en los art culos 5 y 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, respectivamente.

Se trata de examinar el alcance de lo dispuesto en el art culo 2 y en el art culo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado. El art culo 2, en materia de aplicaci n del Derecho Extranjero, se ala que ste se aplicar ...de acuerdo con los principios que rijan en el pa s extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto . Por su parte, el art culo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado ordena que las ...situaciones jur dicas creadas de conformidad con un Derecho Extranjero que se atribuye competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles ser n reconocidos en Venezuela ( producir n efectos en la Rep blica ) siempre que no ( a no ser que ) contradigan ...los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden p blico venezolano .

La Ley de Derecho Internacional Privado fue elaborada en dos per odos diferentes. El primer per odo o per odo inicial corresponde a los trabajos de la Comisi n designada por el Ministerio de Justicia e integrada por los profesores Roberto Goldschmidt, Gonzalo Parra-Aranguren y Joaqu n S nchez-Covisa. Sus trabajos se efectuaron entre 1958 y 1965. El segundo per odo o per odo de revisi n y conclusi n de la Ley de Derecho Internacional Privado corresponde a los a os 1995-1998. Durante estos a os fue rescatado el Proyecto original, revisado, actualizado, sometido a la consideraci n del entonces Congreso Nacional, sancionado y promulgado por el Presidente de la Rep blica el 6 de agosto de 1998.

Los art culos 2 y 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado corresponden al Cap tulo I, Disposiciones Generales de la Ley de Derecho Internacional Privado. Este Cap tulo de la Ley de Derecho Internacional

Privado comprende la regulaci n de las instituciones generales o teor a general del Derecho Internacional Privado. El art culo 2 trata de la aplicaci n del Derecho Extranjero, mientras que el art culo 5 trata del respeto a los Derechos Adquiridos. En ambos casos se trata, sin embargo, de problemas que se suscitan con ocasi n de la declaratoria de aplicabilidad de un Derecho Extranjero, ya sea en virtud de una norma de conflicto, en el caso del art culo 2, o en virtud de la excepci n contenida en el art culo 5.

La redacci n de las disposiciones en examen, los art culos 2 y 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es producto, casi exclusivamente, de los trabajos del per odo inicial. Como ya se indic , tan solo el encabezamiento del art culo 2 del Proyecto original sufri una ligera variaci n en su redacci n durante el per odo de revisi n y conclusi n de la Ley de Derecho Internacional Privado, sin que tal variaci n alterase la esencia de ese art culo 2.

Las expresiones objetivos de las normas venezolanas de conflicto u objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto han sido poco estudiadas. Durante la fase inicial el Proyecto original fue objeto de comentarios. En este sentido, Werner Goldschmidt expres que la parte relevante del art culo 2 ...contempla el problema de las calificaciones y sugiere, sin darle una soluci n categ rica, la conveniencia de meditar sobre el acierto de la teor a de la *lex civilis causae* supedit ndola, sin embargo, debidamente a las finalidades propias de las normas venezolanas de conflicto [47]. No obstante, el autor antes citado indicaba que si bien la parte relevante del art culo 2 contribu a a plantear la tesis bif sica de las calificaciones , su importancia pr ctica era muy precaria [48].

En su momento, Fritz Schwind al comentar la parte relevante del art culo 2 del Proyecto original indic que tal disposici n establec a ...la base para una adaptaci n del Derecho Extranjero en el sentido de las normas de conflicto venezolanas . Adem s a adi que las referencias hechas en la exposici n de motivos hacen pensar que con esta disposici n tambi n requer an establecer normas para la soluci n del problema de las calificaciones . A pesar de que el profesor Schwind reconoci el car cter de simple norma de orientaci n de la disposici n en cuesti n, precis que

[47] Werner Goldschmidt, El Proyecto Venezolano de Derecho Internacional Privado, en *F. Parra-Aranguren,* (N. 22), Volumen I, pp. 115, 119.

[48] *Ibídem.*

la soluci n hecha posible aqu , es liberal en tanto que el Derecho Extranjero, una vez declarado aplicable, debe aplicarse de la misma manera que en su rea de validez original y, por tanto, no est sujeto a la calificaci n del Derecho Remitente. Es ste un pensamiento por dem s moderno, el cual, en mi concepto, s lo ha empezado a imponerse en la doctrina por influencia de Schnitzer, y cuya codificaci n probablemente se ha intentado por primera vez aqu [49].

La Exposici n de Motivos del Proyecto original se alaba que en ...materia de calificaciones y, en general en el tema relativo a la aplicaci n del Derecho Extranjero, incluido bajo el ep grafe de tratamiento del Derecho Extranjero , se ha limitado el Proyecto a formular simples normas generales de orientaci n, que alerten al int rprete sobre el sentido general de los problemas, pero se ha eludido deliberadamente el in til empe o de resolver mediante reglas legislativas la cuesti n probablemente m s dif cil y problem tica de todo el Derecho Internacional Privado [50].

Durante el per odo de revisi n y conclusi n de la Ley de Derecho Internacional Privado fue ampliada la extensi n del Cap tulo I del Proyecto original. En tal sentido, adem s de los art culos ya existentes en el Proyecto original relativos a las fuentes (art culo 1), tratamiento del Derecho Extranjero (art culo 2), conflicto de leyes en el Derecho Extranjero u ordenamientos plurilegislativos (art culo 3), reenv o (art culo 4), derechos adquiridos (art culo 5) y orden p blico (art culo 6), se a adieron normas sobre la cuesti n incidental (art culo 6), adaptaci n (art culo 7), instituci n desconocida o an loga (art culo 9) y normas de aplicaci n inmediata o necesaria del foro (art culo 10). En la Exposici n de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado se indica que la Ley de Derecho Internacional Privado ha preferido formular simples normas generales de orientaci n a trav s de la adaptaci n (art culo 7), que alertan al int rprete acerca del sentido general de los problemas. A esto se debe la ausencia de la regulaci n expresa de la calificaci n, probablemente, la m s dif cil y problem tica cuesti n de todo el Derecho Internacional Privado . El art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado no tuvo comentario alguno que destacara la funci n de la referencia a los objetivos perseguidos por

---

[49] Fritz Schwind, Disposiciones Generales del Proyecto Venezolano y Recientes Tendencias del Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, pp. 125, 130.

[50] El texto puede verse en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, pp. 83, 86.

las normas venezolanas de conflicto . En cuanto al art culo 5, la Exposici n de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado se limit a se a-lar que consagra ...el respeto a las situaciones jur dicas creadas en el extranjero, siempre y cuando no contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto [51].

Los comentaristas venezolanos a ra z de la publicaci n del Proyecto revisado se alaban en cuanto al art culo 2 que el mismo fijaba por una parte, la remisi n global al Derecho Extranjero, el cual debe ser aplicado de acuerdo a los principios que rigen en el pa s respectivo, es decir, identific ndose con el juez extranjero y tomando en cuenta todas la fuentes del Derecho Internacional Privado y, por la otra, la consagraci n de que en la aplicaci n del Derecho Extranjero se realicen los objetivos de la norma de conflicto venezolana que siempre tiene por norte la soluci n equitativa del caso. Con esto se crea la base para la adaptaci n del Derecho Extranjero a los fines de las normas venezolanas de conflicto [52]. La referencia a los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, contenida en el art culo 5 del Proyecto revisado, no fue objeto de comentario especial.

Por su parte, el profesor V ctor Hugo Guerra planteaba, siguiendo las ideas de la profesora Maekelt, que la expresi n objetivos de las normas venezolanas de conflicto debe entenderse como referida al logro de la justicia y la equidad de cada caso . A continuaci n cuestionaba ...qu sucede si no se cumplen con tales objetivos?, se proceder acaso a rechazar la aplicaci n de ese Derecho Extranjero? Indudablemente, no se trata en estos casos de las cl sicas excepciones a la aplicaci n del Derecho Extranjero, como lo son la cl usula de reserva y el fraude a la ley, sin embargo, la respuesta que a esta pregunta brinden las autoridades venezolanas una vez aprobado el Proyecto, deber estar orientada por el necesario balance entre las nociones de la justicia formal y la justicia material en el Derecho Internacional Privado [53].

---

[51] Exposici n de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, pp. 207, 210-211.

[52] Tatiana de Maekelt, Antecedentes y Metodolog a del Proyecto. Parte General del Derecho Internacional Privado, en *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*, 1998 pp. 15, 30.

[53] V ctor Hugo Guerra Hern ndez, La Aplicaci n del Derecho Extranjero, La E cacia de las Sen-

Una vez entrada en vigencia la Ley de Derecho Internacional Privado, la doctrina venezolana ha producido limitados comentarios en cuanto a los objetivos de las normas venezolanas de conflicto . As , se ha se alado que esos objetivos se refieren a la b squeda de la justicia del caso concreto [54]. Otros autores no discuten las implicaciones de la f rmula escogida por el legislador venezolano, aun cuando asocian la f rmula con el problema de las calificaciones[55]. El examen m s reciente del art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado precisa que el hecho de que se tomen en cuenta los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto no obliga a aplicar el Derecho Extranjero seg n su contenido sino seg n los objetivos de las normas antes referidas. De esta manera, no se trata de revivir la tendencia a la aplicaci n de la *lex fori*. Se trata de una reafirmaci n de la libertad para obtener una adecuada soluci n del caso concreto[56]. Se ha se alado que la Ley de Derecho Internacional Privado persigue la justicia material, por tanto, los objetivos de las normas venezolanas de conflicto consisten en obtener dicha justicia material[57]. Asimismo, en materia de calificaciones los comentarios m s recientes se limitan a indicar que la Ley de Derecho Internacional Privado no la regula y que, por tanto, la decisi n queda en manos del juez[58]. No obstante los anteriores comentarios, somos de la opini n que las disposiciones en examen tienen un mayor alcance. Realmente, tanto la disposici n del art culo 2 como del art culo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado despliegan su

▶

tencias Extranjeras y la Cooperaci n Judicial Internacional, en *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*, pp. 109, 120.

[54] Tatiana de Maekelt, Ley de Derecho Internacional Privado. Comentarios Generales, en *F. Parra-Aranguren,* (N. 22), Volumen II, pp. 89, 100; tambi n Guerra Hern ndez, La noci n de justicia concebida por la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en *El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo II, pp. 498, 504 y ss.; *Claudia Madrid*, (N. 25), pp. 61, 82 ( cada norma puede tener un objetivo, pero en general, la Ley busca la soluci n equitativa de cada caso concreto ).

[55] Claudia Madrid, (N. 25), pp. 84-86*;* Jos Muci-Abraham, Bosquejo de la Ley de Derecho Internacional Privado; en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen II, pp. 133, 147.

[56] Tatiana de Maekelt, *Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht*, RabelsZ 64 (2000), pp. 299, 314.

[57] Tatiana de Maekelt, (N. 56), pp. 306-307.

[58] Tatiana de Maekelt, (N. 56), pp. 315-316.

funci n en materia de aplicaci n del Derecho Extranjero. En este sentido, la norma general es la del art culo 2. La referencia a los  objetivos de las normas venezolanas de conflicto  contenida en el art culo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado tiene relevancia para el caso de que se trate del respeto a las situaciones jur dicas v lidamente creadas seg n un Derecho Extranjero. En todo caso, la similitud terminol gica obliga a buscar elementos comunes.

Ante todo, los objetivos referidos en el art culo 2 y en el art culo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado deben ser id nticos. Con esto, sin embargo, no queremos decir que se trate de objetivos generales tales como lo ha formulado la doctrina venezolana que hemos citado con anterioridad (Maekelt; Guerra). Tampoco somos de la opini n que esos objetivos se corresponden con los objetivos de la Ley de Derecho Internacional Privado. En este  ltimo sentido, se podr a pensar que los referidos objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en la opini n de los que sostienen que tales son los objetivos generales, coinciden con los denominados en la Exposici n de Motivos como  objetivos primordiales de esta ley . La enumeraci n contenida en la Exposici n de Motivos lista dichos objetivos primordiales as :

¥resolver los antiguos problemas del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, caracterizado por sus contradicciones entre los art culos contenidos en el T tulo Preliminar del C digo Civil (8, 9, 10, 11 y 26), por su car cter estatutario, por la dispersi n de sus disposiciones en los c digos y en leyes especiales y por el inadecuado factor de conexi n personal;

¥ajustar la legislaci n venezolana de Derecho Internacional Privado a la realidad social del pa s;

¥adaptar las soluciones internas a los avances consagrados en la codificaci n convencional, especialmente las convenciones de La Haya y las convenciones interamericanas sobre Derecho Internacional Privado;

¥adaptar las soluciones venezolanas al desarrollo universal de la materia y a las legislaciones m s recientes que se han convertido en instrumentos v lidos para el arm nico desarrollo de las relaciones jur dicas entre los particulares[59].

[59] Exposici n de Motivos, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, pp. 209-210.

Tal listado, sin embargo, se refiere a los objetivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, no a los de las normas venezolanas de conflicto. Esto bastar a para descartar la identificaci n entre objetivos de la Ley y los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. M s adelante volveremos sobre el asunto.

Resulta importante destacar que tanto por lo que respecta al art culo 2 como por lo que respecta al art culo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, lo relevante son los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, no el contenido material del Derecho venezolano. Se trata de objetivos internacional privatistas.

De esta manera, la soluci n de los art culos 2 y 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado se diferencia de la soluci n del art culo 7 de la Ley de Derecho Internacional Privado en materia de adaptaci n. Esta ltima disposici n prescribe que para el caso de que diversos Derechos puedan regular los diferentes aspectos de una misma relaci n jur dica, ser n aplicados arm nicamente procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos .

## V | El reenvío y los objetivos de las normas venezolanas de conflicto

Si bien podr a afirmarse que el art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado consagra una norma orientadora en materia de calificaciones en el sentido de proponer la calificaci n funcional o teleol gica, su funci n va mucho m s all . Hay que a adir que el art culo 2 al contrario del art culo 5 no tiene por finalidad servir de instrumento para rechazar la aplicaci n del Derecho Extranjero, sino para posibilitar su mejor aplicaci n. De esta forma, mientras el art culo 5 sirve para rechazar el reconocimiento de situaciones perfeccionadas seg n un Derecho Extranjero, *inter alia*, en caso de que contradiga los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, el art culo 2 impone un deber de armonizar el resultado de la aplicaci n del Derecho Extranjero con la finalidad perseguida por las normas venezolanas de conflicto.

Como se alamos antes, la revisi n del Proyecto original incorpor normas en materia de adaptaci n, instituci n desconocida y an loga, entre otras cosas. De esta manera, se descarg la funci n del art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Ese art culo en su concepci n

original sirve para regular de manera abstracta y general todos los casos de aplicaci n de Derecho Extranjero. As , serv a para hacerle frente a los casos de adaptaci n y de instituciones desconocidas. Hoy en d a esas funciones las cumplen normas independientes.

Como regla general, la remisi n hecha por las normas de conflicto venezolanas a un ordenamiento extranjero es global o m xima. Es decir, en la soluci n de los casos de Derecho Internacional Privado, el Derecho Extranjero reclamado como competente por las normas de conflicto venezolanas comprende la totalidad de las normas de ese Derecho Extranjero, incluyendo sus normas conflictuales extranjeras las cuales funcionar n antes de que act en las normas materiales de ese Derecho Extranjero[60]. Ser n, en consecuencia, las normas conflictuales extranjeras las que, en la regularidad de los casos, se alar n el Derecho, Nacional o Extranjero, aplicable al caso. Sin embargo, la aplicaci n del Derecho se alado por la norma de conflicto extranjera quedar  sometida a lo que al respecto disponga el Derecho Conflictual venezolano. As , se acepta el reenv o de primer grado (aparte primero del art culo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado) y, en un caso especial, el reenv o ulterior (de segundo grado) (encabezamiento). De esta forma, se admite el reenv o ...cuando propende a unificar la soluci n nacional con la soluci n del Derecho Extranjero, o cuando, como ocurre frecuentemente en el reenv o simple, ambas son inevitablemente divergentes [61]. El ltimo aparte del art culo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado excluye el reenv o y, en consecuencia, consagra una remisi n m nima para los casos no previstos en el encabezamiento o en el primer aparte del mismo art culo. En este caso, se aplica el Derecho Material del Estado que reclame la norma venezolana de conflicto[62].

No obstante la admisi n del reenv o en los casos indicados, surge la cuesti n de saber si efectivamente la remisi n hecha por la norma venezolana de conflicto, a tenor del art culo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es siempre una remisi n m xima o global. El art culo 4

---

[60] Salvo el caso de las normas de aplicaci n inmediata o necesaria y de las normas materiales de Derecho Internacional Privado.

[61] Exposici n de Motivos, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, p. 211.

[62] Una soluci n similar que no est prevista en la Ley italiana se encuentra en la Ley relativa a los Principios Generales del C digo Civil de la Rep blica de Estonia, aprobada en el Riigiko-

de la Ley de Derecho Internacional Privado est  formulado en t rminos absolutos. No contempla excepciones expresas como lo hace, por ejemplo, el art culo 13 de la Ley italiana N¡ 218 de Reforma del Sistema Italiano de Derecho Internacional Privado de 1995[63]. Para dar respuesta a esta interrogante parecer a razonable y t cnicamente apropiado acudir al dispositivo contenido en el art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado. De tal forma, el Derecho Extranjero reclamado por la norma venezolana de conflicto se aplicar  de acuerdo con los principios que rijan en el pa s extranjero respectivo, de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. As  tendr amos que aun cuando el art culo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado no contempla excepciones expresas al principio de remisi n global o m xima a un Derecho Extranjero hecho por la norma venezolana de conflicto, una lectura concordada del art culo 4 y del art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado conduce a negar el principio de la remisi n global o m xima y aceptar como excepci n la remisi n m nima en aquellos casos en que la remisi n global, es decir la posibilidad de intervenci n de normas de conflicto extranjero en la determinaci n del Derecho Aplicable, impidiese la realizaci n de los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. De esta forma, la soluci n venezolana, se aproximar a a la soluci n contenida en el art culo 4(1) de la Ley de Introducci n al C digo Civil alem n. Tal disposici n consagra, como principio, la remisi n m xima o global y, por ello, la aplicaci n de las normas de conflicto de la *lex causae*  en tanto que ellas no sean contrarias al sentido de la regla de conflicto alemana .

▶

gu el 28 de junio de 1994, proclamada por el Presidente de la Rep blica mediante Resoluci n N¡  383 del 13 de junio 1994, publicada en la Riigi Teataja, Parte I 1994, N¡  53, Art culo 889, cuyo par grafo 126 dispone: ⁄ 126 Renvoi: (1) If this law or any other Estonian law prescribes application of the law of a foreign country and the law of that country prescribes application of Estonian law, the Estonian law shall apply. (2) If this law or any other Estonian law prescribes application of the law of a foreign country and the law of that country prescribes application of the law of a third country. The Estonian law shall apply . El texto en ingl s puede verse en IPRax 1996, pp. 439 y ss., 440.

[63] El reenv o no se admite en los siguientes casos: (a) en los casos en los cuales las disposiciones de la presente ley declaran aplicable la ley extranjera con fundamento en la selecci n efectuada en tal sentido por las partes interesadas; (b) respecto a las disposiciones concer-

Se trata del reconocimiento de una situaci n de materializaci n de las normas de conflicto. La norma de conflicto, en supuestos particulares, persigue objetivos espec ficos de Derecho Material, un resultado determinado desde el punto de vista del Derecho Material. De tal manera, el reenv o ser a inadmisible, o mejor dicho, la remisi n hecha por la norma de conflicto del foro ser a m nima, si el reenv o o la aplicaci n de las normas conflictuales extranjeras conducen a resultados incompatibles con el objetivo de Derecho Material (sustantivo) perseguido por la norma de conflicto del foro[64]. La referencia contenida en el art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado no puede entenderse como hecha al objetivo perseguido por el conjunto de las normas venezolanas de Derecho Internacional Privado[65]. Lo que exige la norma consagrada en el art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado es que para cada caso particular, para cada norma venezolana de conflicto, se determine cu l es el

nientes a la forma de los actos; (c) en relaci n con las disposiciones del Cap tulo XI del presente T tulo (Donaciones); (d) en los casos de los art culos 33 (Filiaci n), 34 (Legitimaci n) y 35 (Reconocimiento de Hijo Natural), no se tiene cuenta del reenv o sino cuando conduce a la aplicaci n de una ley que permite el establecimiento de la liaci n; (e) en todos los casos en los cuales la presente ley declara aplicable una convenci n internacional, (art culos 42, protecci n de menores; 45, obligaciones familiares alimentarias; 57, obligaciones convencionales; 59, t tulos de cr dito), se sigue siempre, en materia de reenv o la soluci n adoptada por la convenci n. El texto de la Ley italiana (Legge 31 Maggio 1995, N¡ 218) puede verse en IPRax 1996, pp. 356 y ss. (italiano y alem n). En general, ver G. Parra-Aranguren, El reenv o en la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995, en *Curso General de Derecho Internacional Privado*. *Problemas Selectos y otros Estudios*. 3» Edici n, 1998, pp. 397 y ss.; Fausto Pocar, *Das neue italienische Internationale Privatrecht,* IPRax 1997, pp. 145 y ss., 150-151; Francesco Mosconi, Articolo 13, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1995, pp. 956 y ss.

64 La disposici n equivalente en el Derecho alem n a la soluci n venezolana en materia de reenv o, producto de la interacci n de los art culos 4 y 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es, como se se al , el art culo 4 (1) de la Ley de Introducci n al C digo Civil. Tal disposici n ha generado pol mica en ese pa s y muy interesantes estudios, de entre los cuales cito el trabajo de Konrad Schmidt, *Die Sinnklausel der Rückverweisung und Weiterverweisung im Internationalen Privatrecht nach Artikel 4 Absatz 1, Satz 1* EGBGB, 1998.

65 As , sin embargo, parece ser el criterio de los profesores Madrid, Maekelt y Guerra Hern ndez, antes citados.

objetivo perseguido. As , se procede a determinar los objetivos para el supuesto espec fico regulado en la particular norma de conflicto venezolana de que se trate. Esta es la  nica conclusi n conforme con los antecedentes y or genes de las ideas recogidas en la Ley.

De tal manera, tendr amos que la regla contenida en el art culo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que remite alternativamente a los ordenamientos jur dicos all  se alados, tiende a favorecer la validez formal del acto en cuesti n. En todos esos casos la remisi n a esos ordenamientos jur dicos persigue un resultado material espec fico: la validez formal del acto. Tal resultado podr a no lograrse de permitirse la intervenci n del Derecho Conflictual Extranjero. La respuesta en cuesti n a la validez la dar an inmediatamente las normas materiales de esos ordenamientos. Sin embargo, si las normas conflictuales de esos ordenamientos conducen a la aplicaci n de un ordenamiento jur dico en los casos permitidos por el art culo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado, cuyos derechos materiales declaren v lido el acto en cuesti n en cuanto a la forma, entonces deber a admitirse el reenv o en esos casos, pues se alcanza el objetivo perseguido por la norma venezolana de conflicto[66].

## VI | Conclusiones

No existen respuestas f ciles a la pregunta de si se puede resolver el problema de calificaciones mediante una disposici n legislativa. En un gran n mero de pa ses a n se llevan a cabo fuertes debates. Un importante grupo de pa ses ha decidido regular el problema. La mayor a de  stos sigue la teor a *lex civilis fori*. Sin embargo, esta postura no es satisfac-

[66] A mero t tulo de ejemplo, igual razonamiento ser a aplicable en el caso de los art culos 17, 18, 29, 30, 32 y 34 de la Ley de Derecho Internacional Privado cuyo objetivo en cada caso concreto es la regulaci n del supuesto por el Derecho material del ordenamiento reclamado por la norma de con icto del foro. As , en el caso de los art culos 17 y 18 mantener la validez del acto y reducir los supuestos de nulidad por incapacidad; en el supuesto del art -culo 29, el Derecho inmediatamente escogido por los contratantes; en el caso del art culo 30, el Derecho con el cual el contrato presenta los v nculos m s estrechos; en el caso del art culo 32, el Derecho escogido por la v ctima y en el caso del art culo 34, la unidad del r gimen sucesoral.

toria. Entre las soluciones dom sticas se ha alabado la respuesta portuguesa. Es definitivamente una propuesta original que refleja un punto de vista agresivo sobre este tema. No obstante lo anterior, su formulaci n no es tan clara como se desear a. El enfoque venezolano contenido en el art culo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, originalmente redactado entre 1958-1963, es una norma m s sencilla y, probablemente, m s conveniente para lograr el concepto de *internationalprivatrechtliche Gerechtigkei* ( justicia internacional privatista ). Como dice el Profesor Jayme, la idea de que el problema de las calificaciones se debe resolver no s lo en relaci n con el asunto material que es objeto de las calificaciones, sino primero y principalmente mediante el Sinn und Zweck der Kollisiosnorm ( sentido y prop sito de la norma de conflicto ) se ha demostrado que es particularmente til[67]. Esta es la respuesta venezolana al problema de calificaciones, lo cual debe verse como el resultado de una amplia y detallada revisi n de ideas principales en el medio ambiente del Derecho Comparado.

La noci n de objetivos de las normas venezolanas de conflicto es novedosa en el Derecho Internacional Privado venezolano. Se trata de una noci n que interviene principalmente en el campo de la aplicaci n del Derecho Extranjero, aunque tambi n podr a impactar en materia de eficacia de sentencias extranjeras[68]. Como hemos se alado en este trabajo, dicha noci n adem s de orientar las soluciones en materia de calificaciones tiene incidencia en la materia del respeto a los derechos adquiridos y, muy especialmente, al examinar el problema del reenv o. Este ha sido un intento m s tratando de explicar su significado. Y, seguramente, no ser el ltimo.

[67] Jayme, (N. 3), p. 214.

[68] Ver Eugenio Hern ndez-Bret n , *Problemas Contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano*, 2004, p. 135.

# Derecho Internacional Privado

## El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito del segundo centenario

José Carlos Fernández Rozas

### 1 | Euforia codificadora del siglo XIX

1. En un determinado momento hist rico la noci n de C digo , equivalente hasta entonces a la noci n libro de leyes [1], adquiere un nuevo sentido como compuesto de normas pertenecientes a una misma rama del Derecho y ordenadas sistem ticamente[2]. Si la recopilaci n no es otra cosa que un conjunto de leyes en vigor, pero sin constituir por s misma un verdadero cuerpo normativo, el C digo implica una ley general y sistem tica referida, generalmente, a una rama del ordenamiento jur dico[3]. Dentro del pensamiento de la Ilustraci n ...un C digo es una ley de contenido homog neo por raz n de la materia, que de forma sistem tica y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada [4]. Por eso el denominado movimien-

[1] Un estudio fundamental sobre la noci n hist rica de la codi caci n se encuentra en la monograf a de J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIème au XIXème siècle*, Bruxelles, ditions de l Institut de sociologie, 1967, 500 pp.

[2] A. C. Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile: étude de droit comparé*, Paris, E. De Boccard, 1930, 853 pp.

[3] *Cf.* J. L. de los Mozos, Iusnaturalismo y pandectismo en las grandes codi caciones modernas , *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid, Seminario de Derecho Romano, Facultad de Derecho (UCM), 1978, pp. 268-269.

[4] *Cf.* F. Tom s y Valiente, *Manual de Historia del Derecho español*, 4» ed., Madrid, Tecnos, 1992, p. 465.

to codificador va a incorporar una obsesi n por la sistem tica que no s lo va a proyectar en la divisi n entre Derecho P blico y Derecho Privado, sino que propiciar una marcada especializaci n de las ramas jur dicas y esta nueva concepci n tendr consecuencias sin precedentes[5]. Asimismo, el movimiento codificador, bajo la influencia del pensamiento individualista-liberal, tendr la virtud de transformar el r gimen de la propiedad feudal o del Antiguo R gimen por formas modernas de dominio y usufructo, aunque se tard m s de un siglo para dar forma a un concepto unitario de propiedad, v lido para cualquier situaci n de la vida cotidiana. En Europa se produce en el siglo XIX y parte del XX, tras la planificaci n pol tica y cultural consecuencia de la Ilustraci n[6], una euforia codificadora consolid ndose una cultura basada en el C digo, cuya contemplaci n llega a sacralizarse (la mole mayest tica , el *altare consolidato* ...) como un elemento importante de la mitolog a moderna [7]. La concepci n un cuerpo de c digos se basaba en una idea revolucionaria que pretend a reducir a una unidad material y formal la legislaci n implicando una refundaci n de las diversas ramas del Derecho[8]. Y, como es natural, bajo tal concepci n descansaba la fe en la voluntad general democr tica de los pueblos; una voluntad depositada en una Raz n que se elevaba a la condici n de fuente central del Derecho: a diferencia de tradicional *ius comune*, resultaba m s compatible con la aspiraci n de la nueva din mica social, un ordenamiento jur dico m s funcional y m s concreto.

Es evidente que dicha euforia est directamente condicionada por el tipo de ideolog a predominante en la poca caracterizada por el liberalismo cl sico, por el racionalismo y por el nacionalismo. El primero planteaba que el Estado deb a limitarse a garantizar las condiciones necesarias para el libre desenvolvimiento de los ciudadanos y, por lo tanto, no

---

5 A. J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, p 135.

6 J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Par s, Montchrestien, 1997, pp. 190-224.

7 *Cf.* P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Mil n, Giuffr , 1998, p. 1. *Vid.*, asimismo, J. R. Narv ez Hern ndez, El mito de la codi caci n y la historia del Derecho , *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XV, 2003, pp. 191-214.

8 *Vid.* el trabajo cl sico de L. Diez-Picazo y Ponce de Le n, Codi caci n, descodi caci n y recodi caci n , *ADC*, vol. XLV, 1992, pp. 473-485

deb a actuar en los campos de las autonom as privadas, entre las cuales se encontraban las econ micas y la libre iniciativa empresarial[9]; dicho en otros t rminos, el Estado hab a de abstenerse por completo de la intervenci n en las actividades comerciales, quedando  stas reguladas por la estricta ley del mercado. El segundo no era sino un intento de racionalizaci n de la vida jur dica a trav s de un entramado normativo cuya misi n consist a en se alar la conducta a observar, bien de manera directa o bien por medio del razonamiento y la deducci n l gica: presumiendo de un supuesto de hecho general y abstracto una consecuencia jur dica que tambi n pose a un car cter general[10]; por eso, frente a la acumulaci n de textos sin unidad interna aparece un  sistema  de normas organizadas con pretensiones de  generalidad  y de  plenitud [11]. El tercero trajo consigo una serie de representaciones jur dicas nacionales inconexas unas respecto de las otras relegando el *ius comune* romano-can nico como fondo com n tradicional; y tal desconexi n se refleja no s lo en las legislaciones estatales sino tambi n, en el sistema de ense anza del Derecho en toda Europa, que va a quedar limitado al estudio exclusivo de los sistemas estatal, restringiendo en buena medida la contemplaci n de las experiencias jur dicas y de las doctrinas extranjeras[12]; y a ello debe a adirse, tambi n como factor que explica el periodo, el escaso nivel de integraci n econ mica internacional por lo cual las codificaciones nacionales no experimentaban influencias de las regulaciones realizadas en otros sistemas jur dicos.

**2.** Desde una perspectiva metodol gica, el movimiento codificador, sobre todo tras la publicaci n del C digo Civil franc s de 1804, produjo un considerable desarrollo del tradicional m todo de las glosas o de la ex gesis. De acuerdo con la referida perspectiva el Derecho es algo per-

[9] J. Vallet de Goytisolo,  In ujo de la Revoluci n Francesa en el Derecho civil. Su incidencia en la legislaci n espa ola , *ADC*, vol. XLII, 1989, pp. 261-316.

[10] *Vid.* C. Fuentes L pez, *El racionalismo jurídico*, M xico, Instituto de Investigaciones Jur dicas, UNAM, 2003, pp. 236 y ss.

[11] *Vid.* por todos G. Tarello,  Le idee della codi cazione , *Il diritto privato nella società moderna*, Bolonia, Il Mulino, 1971, pp. 31 ss.

[12] R. Ferrante,  Dans l ordre  tabli par le Code civil , *La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Mil n, Giuffr , 2002, x+520 pp.; R. Zimmermann, *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. y pr logo de A. Vaquer Aloy), Madrid, Civitas, 2000, 325 pp.

fectamente dado, acabado y definido en el C digo; por tanto, la funci n de la ciencia es puramente dogm tica. Dentro de los defensores de esta importante corriente metodol gica, dominante en Francia y en B lgica hasta finales del siglo XIX, cabe citar a nombres como R.-T. Troplong, F. Demolombe, F. Laurent, Ch. Aubry o Ch. Rau y tuvo su origen, precisamente, a partir de los comentarios al C digo de Napole n. Convertida la obra napole nica en un documento intocable, los ex getas recomendaban siempre volver a l sus ojos y no salirse de sus cauces ateni ndose a su letra cuando sta es clara, o a los principios generales de sus leyes, cada vez que se presente una situaci n de vac o o ambig edad de sus normas. Tal corriente encontr una extraordinaria repercusi n en Am rica Latina[13], pero tal recepci n debe contemplarse con cierta cautela pues cuando lleg al Continente ya hab a hecho crisis en Europa y ya eran conocidas otras opciones metodol gicas.

En t rminos muy generales puede afirmarse que su punto de partida era el conocimiento del C digo a trav s de las mismas palabras y proposiciones empleadas en su redacci n a partir de tres premisas: en primer lugar, todo el Derecho Civil se encuentra en el C digo (es bien conocida la c lebre frase atribuida a Bugnet: No conozco el Derecho Civil, s lo ense o el C digo de Napole n ); en segundo lugar, el conocimiento del Derecho debe recaer sobre sus art culos y solamente sobre ellos; y, por ltimo, la ley debe interpretarse analizando cuidadosamente las palabras empleadas en la redacci n de los art culos. Ello tendr una evidente repercusi n en la ense anza del Derecho Civil y el la funci n judicial, en el sentido de que los jueces deben limitarse a aplicar estrictamente el C digo extrayendo del tenor literal de cada art culo soluci n apropiada para los supuestos controvertidos. De esta suerte de escuela de la ex gesis que deriva del C digo de Napole n est caracterizada por rendir culto al texto legal, respetando la voluntad del legislador, que se deber investigar, en caso de duda, a partir de las discusiones parlamentarias. se trata de un m todo que establece fuertes limitaciones al juez en tanto que no permite su libre interpretaci n sino, exclusivamente, la aplicaci n de los textos

[13] A esta materia se dedica ntegramente el Cap tulo 4 ( La escuela de la ex gesis y su in uencia en Am rica Latina ) de la obra de C. Ramos N ez, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, PUCP, 1997, 408 pp.

al caso espec fico[14]. En particular, y de acuerdo a esta concepci n, la labor interpretativa de los jueces deb a limitarse a en una mera aplicaci n de las leyes, convirtiendo en meros instrumentos de la ley reducidos al establecimiento de los hechos y a la subsunci n de los mismos bajo los t rminos de la ley; esto es, la aplicaci n estricta de la ley: *dura lex, sed lex*. Baste atender a la dispuesto en el art. 4 del Code:  *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* .

**3.** Los inicios el movimiento codificador europeo no se alejan, en t rminos generales, de los Derechos tradicionales b varo, prusiano o austriaco que producen los primeros C digos. Mas, en estos textos a n no est n presentes con nitidez las ideas de libertad ni permiten vislumbrar una firme voluntad de reforma burguesa como luego acontecer a en Francia; baste atender a que el individuo no se encuentra en el centro mismo del dise o normativo, manteni ndose un ben volo el paternalismo propio del despotismo ilustrado, encaminado a fortalecer el dominio del poder pol tico absolutista. Por el contrario el paradigma del nuevo sistema, el C digo Napole n, es una afirmaci n del predominio del Derecho Propio frente al Com n por la acci n del Estado soberano, que no permite que particulares determinen lo qu  es justo y lo qu  no lo es. Ello no implica la desaparici n del Derecho Com n: antes al contrario, se integra en la legislaci n nacional. Se asiste, de esta suerte, a un nuevo equilibrio del sistema que pretende no solamente terminar con lo que se consideraba un desorden jur dico inaceptable, sino que se aprovecha la coyuntura para introducir ideol gicamente nuevos conceptos entre los destaca la destrucci n de las bases pol ticas y econ micas que sustentaban a los estamentos privilegiados logr ndose, por fin, la libertad que hab a conseguido la burgues a tras el triunfo revolucionario[15].

---

[14] *Vid.* J. Bonnecase, *L'École de l'éxègese en droit civil*, 2» ed., Paris, E. de Boccard, 1924.

[15] *Vid*. la obra cl sica de J. E. D. Bernardi, *De l'origine et des progrès de la législation française, ou Histoire du droit public et privé de la France, depuis la fondation de la monarchie justes et compris la Révolution*, Paris, Bechet, 1816.

**4.** No qued  reducido el movimiento codificador a los pa ses de Derecho escrito. Despleg  tambi n una fuerte resonancia en un pa s del *common law* como los EE UU. En vano en 1811, el fil sofo ingl s Jeremy Bentham (1748-1832), escribi  al presidente James Madison una carta en la que, a la vez que atacaba la incertidumbre del *common law*[16], ofrec a sus servicios para llevar a cabo la codificaci n del Derecho norteamericano. Madison declin  la oferta, pero a os despu s, en el propio pa s surgir a la idea de elaborar un C digo. En 1836, el Parlamento de Massachusetts design  una Comisi n con ese prop sito, de ella formaban parte nada menos que uno de los juristas mas brillantes de la historia norteamericana, Joseph Story. Este movimiento tampoco tuvo  xito. Empero, la causa codificadora fue retomada en Nueva York por el tenaz abogado David Dudley Field, cuyo C digo Civil (1858-1865) rechazado en este Estado despu s de un largo debate, fue, no obstante, acogido en Dakota (1865), California (1872), Idaho (1887) y Montana (1895). El objetivo de este autor consist a en condensar el *common law* en f rmulas sistem ticas y accesibles, eliminando anacronismos y adaptado a las condiciones de la  poca. No es casual tampoco que hubiera tenido  xito en los Estados m s j venes del Oeste, menos atados a las f rmulas hist ricas del *common law*, mientras que en Nueva York, un Estado de viejo origen colonial y vinculado m s estrechamente a la tradici n inglesa, tuvo una f rrea resistencia de los abogados pr cticos. Por todo ello, EE UU no estuvo al margen del proceso codificador. Y ello porque tuvo, como hemos visto, epis dicos intentos de codificaci n del Derecho Privado y porque 1787 elabor  una Constituci n escrita, apart ndose en ese sentido de la postura ortodoxa del *common law* que le habr a exigido una Constituci n basada en la tradici n y en las costumbres y, en tercer lugar, porque en su propio territorio subsist an regiones que pertenec an al sistema romanista, como la ex colonia francesa de Lousiana, donde se dict  un C digo Civil en 1808, a tan solo cinco a os de la venta del inmenso territorio de Nueva Orleans a favor de los EE UU[17].

---

[16] E. Dumont, *De l'organisation judiciaire et de la codification: extraits de divers ouvrages de Jérémie Bentham* (traducido con observaciones por P. Rossi), Paris, Bossange, 1828, 483 pp.

[17] El primer C digo Civil emitido en Am rica fue el de la Luisiana, desde 1803 perteneciente a EE UU por cesi n de la Francia napole nica. Ello ocurri  en 1808, y el cuerpo legal entonces promulgado exhibi  el nombre de *Digeste de la loi civile.* La principal caracter stica de esta

## II | El Código Cvil de los franceses de 1804. Código de Napoleón y su expansión

### Un Código sinónimo de certeza y plenitud

5. En una fecha que hoy es un hito de la historia contempor nea, el 21 de marzo de 1804, el primer c nsul Bonaparte promulg el C digo Civil de los franceses. Un C digo que desde sus or genes puso de relieve su car cter ecl ctico y no *ex novo*: por una parte, sus redactores efectuaron una investigaci n sobre las costumbres de Francia y, por otra, sometieron estas costumbres al examen de la raz n y a la herencia de la Revoluci n. Es obvio que el predominio de la raz n as entendida condujese a los modernos de los siglos XVI a XVIII a repudiar con car cter general la falta de sistematicidad que descollaba en la vida social. No en vano el racionalismo echar por tierra la autoridad de la costumbre. Los ataques de T. Hobbes[18], F.M.A. Voltaire y J. Bentham, en tres momentos distintos y claves del pensamiento moderno, evidenciaron elocuentemente el pensamiento iluminista, que daba por sentada la sagacidad del pr ncipe como legislador y que insist a en el car cter gen rico, uniforme y evidentemente racional de la legislaci n. Y es entonces cuando se produce uno de los mayores xitos de la Ilustraci n: frente a la indeterminaci n generada por la pluralidad de normas existentes, los iluministas presentan el C digo como sin nimo de certeza y plenitud, requisitos estos a los que, ciertamente,

obra era un anuncio de la que habr a de persistir en las sucesivas codi caciones impulsadas en el continente durante unos cuarenta a os, a saber, la casi exclusiva in uencia del *Code Napoléon* en ella. El *Digeste de la loi civile,* en efecto, se bas preponderantemente en ese c digo y, lo que resulta muy curioso, tambi n en el que fue su proyecto presentado en 1800 por la c lebre comisi n que presidi Portalis. Para algunos estudiosos, incluso fue mayor la in uencia de ese proyecto en el *Digeste* que la del c digo mismo. *Vid.* B. Schwartz, *The Code Napoleon and the Common Law World: the Sesquicentennial Lectures Delivered at the Center of the Law Center of New York University*, Nueva York, University Press, 1956.

[18] Para T. Hobbes la tradici n jur dica anglosajona basada en la jurisprudencia (costumbre de los tribunales), constituye, al igual que para J. Bentham, un caso at pico. As , por ejemplo, a rma en el *Leviatán* que la sentencia de un juez no le obliga a dar a l o a otro juez posteriormente la misma sentencia en casos an logos (cap tulo 26).

debe atribuirse el comienzo de la afortunada singladura del asimismo denominado *Master system*. La relativamente r pida aceptaci n del mismo, incluso durante el siglo XVIII, depende de determinadas circunstancias presentes ya en la  poca y que se manifestaron o expresaron a trav s de sendos principios ya entonces vigentes, el estatalista y el garantista[19].

**6.** En Voltaire, el rechazo de la costumbre se fundamentaba en su oposici n frontal al particularismo jur dico. La r plica volteriana lamenta que, lograda la unidad pol tica de Francia merced en buena parte a la tendencia centralista desplegada por la monarqu a absoluta, la unidad jur dica todav a parec a muy lejana toda vez que en Francia se manten a una marcada divisi n entre regiones de *droit écrit* y de *droit coutumier*: un pluralismo jur dico insoportable para el iluminismo que deb a caracterizar la obra del legislador restringiendo la labor de interpretaci n jur dica por parte del juez[20].

Es cierto que Bentham no desconoc a m ritos a la costumbre, admitiendo que sus ra ces profundas la invest an de cierta autoridad; no obstante discrepaba con la idea de preservarla como tal, sin una previa homologaci n legislativa. A su juicio, el Derecho exig a, por medio de un C digo, la forma de un cuerpo legislativo puro, donde cada parte se integrase a las otras conforme a los criterios de la aritm tica y de la geometr a. En tal construcci n la costumbre ten a un lugar relevante siempre que fuera absorbida totalmente por la ley y, en tanto esta circunstancia no tuviese lugar deb a considerarse a  sta como una regla inconveniente e ileg tima, por la cual merec an gobernarse  s lo los animales: una fuente espont nea, particular, segmentada y localista que, en su opini n, deb a que ser considerada con indiferencia por quien procuraba implantar en el plano jur dico el imperio de la Raz n. La costumbre deb a entonces ser codificada toda vez que el Derecho requer a, por medio del C digo, la forma

[19] *Vid.* C.  lvarez Alonso,  La legitimaci n del sistema. Legisladores, jueces y juristas en Espa a (1810-1870 c. a.) , *Historia Contemporánea*, N. . .4, junio 2003. http://h.c.rediris.es/cuatro/articulos.

[20] Ello har a proclamar a Voltaire:  Existen en Francia ciento cuarenta costumbres que tienen fuerza de ley, todas ellas diferentes. Una persona que viaje en este pa s cambiar  de ley con la misma frecuencia que su caballo cambia de lugar . Voz  Coutumes , en la edici n francesa del *Dictionnaire Philosophique*, vol. V, Par s, 1833, p. 248.

de un cuerpo legislativo puro, donde cada parte se integrase a las otras conforme a los criterios de la aritm tica y de la geometr a. Este planteamiento debe situarse, sin embargo, en un contexto socio-hist rico muyo preciso. En la Inglaterra de la revoluci n industrial, donde escribe Bentham, la indefensi n era la nota dominante y  nicamente el imperio de la ley escrita pod a dotar de seguridad jur dica a un ciudadano que carec a de ella cuando no ten a otro instrumento que la costumbre en la resoluci n de conflictos. Es precisamente en el entorno ingl s donde Bentham postula su misi n codificadora puesto que la costumbre no sentaba ninguna predicci n firme acerca de cual iba a ser la reacci n del Derecho ante una infracci n o ante un conflicto de intereses o, incluso, sobre cuales eran los supuestos jur dicos previstos por el Derecho: la costumbre sin Derecho escrito y p blico s lo beneficiaba a jueces y abogados,  nicos capaces de escrutar el imprevisible contenido del Derecho, y perjudicaba al ciudadano que costeaba procesos interminables y harto morosos. Cuanto m s se dilatara el proceso m s beneficios obten a un juez sin salario fijo que cobraba seg n los honorarios del caso.

## Un Código tributario de la "razón universal" llamado a aplicarse a todos los pueblos

### a) Fundamentos políticos

**7.** El C digo Napole nico es expresi n de un momento determinado de la historia; mejor a n: el corolario; viene a ser algo as  como la consumaci n de la Revoluci n Francesa[21]. Por ello, tributario de la  raz n universal , para sus redactores el C digo Civil estaba llamado a aplicarse a todos los pueblos. Convertido en un eficaz instrumento de transformaci n de la sociedad francesa de su  poca, logr  satisfacer los intereses de la burgues a: de un lado, configurando un contexto social proclive a eliminar las desigualdades interclasistas; de otro estableciendo un sistema abier-

[21] *Vid.* con car cter general la obra colectiva de C. Ruiz Sanz y otros, *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, Colecci n Prudentia Iuris, 2003, 273 pp.

to a la libre circulaci n de bienes; no en vano el *Code* ha sido considerado como la expresi n del orden del mercado [22].

Sin embargo, pese a la novedad que signific para Francia, el *Code* no produjo una ruptura radical con el pasado sino que fue m s bien una obra moderada y apartada en gran medida del pensamiento jacobino. Se trata, en efecto de un C digo que no se dict ni al comienzo ni a la mitad de la Revoluci n[23], si no cuando sta ya hab a finalizado, de suerte que no fue, como la Declaraci n de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por ejemplo, un instrumento absolutamente democr tico o radical. Constituye m s bien la expresi n legislativa de una burgues a ya triunfante, que ha logrado la toma del poder por lo que ser a un error considerar que al C digo Napole nico como un C digo radical[24]. Baste atender a que los intentos que se realizaron durante la Revoluci n Francesa para elaborarlo fracasaron.

**8.** Se dice que los C digos tienen que ser obra de juristas, no de ide logos ni de fil sofos, con independencia de que aqu llos incorporen su propia ideolog a. Al margen de la bondad de esta afirmaci n es evidente que los muchos juristas convocados por Napole n para la redacci n del C digo hab an formado parte del antiguo r gimen e, incluso, algunos de ellos hab an sido funcionarios; uno de ellos hab a sido abogado de Luis XVI. Mas el C digo Civil franc s fue ante todo la expresi n de la voluntad pol tica infalible de Bonaparte, que supo rodearse de eminentes juristas procedentes de las m s diversas familias del Derecho y de la pol tica: Tronchet, Portalis, Bigot de Pr ameneu y Maleville[25]. De la eficacia de estos

---

22 X. Martin, Fondements politiques du Code Napol on , *Rev. trim. dr. civ.*, 102, n. . .2, 2003, pp. 247-264 ; *id.*, *Mythologie du Code Napoléon*, Bou re, Dominique Mart n Morin, 2003, 510 pp.

23 Las distintas tentativas codi cadoras llevadas a cabo durante la Revoluci n han sido estudiadas por J. -L. Halp rin, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, 309 pp.

24 X. Mart n describe al C digo Napole n como elemento de cohesi n y s mbolo del siglo de las luces a la vez , contempl ndolo como un intento por poner orden a la etapa posrevolucionaria. *Human Nature and The French Revolution, From the Enlightenment to the Napoleonic Code*, Oxford-Nueva York, Berghan Book, 2003, 302 pp.

25 Los elegidos fueron: Francois Denise Tronchet: Presidente del Tribunal de Casaci n, abogado en el Parlamento de Par s y diputado por el tercer estado; defensor de Luis XVI en el juicio que termin con su condena a muerte; era experto en el Derecho del centro y norte del

hombres naci  un conjunto jur dico coherente, claro, accesible para todos, en el que se efectu  la s ntesis del antiguo Derecho y de las conquistas revolucionarias. Ninguno de los juristas que hizo el *Code* podr a decirse que era claramente jacobino y precisamente Napole n tuvo la sagacidad (Talleyrand *v.* Fouch ) de elegirlos con la finalidad de redactar un C digo que tuviera una naturaleza hasta cierto punto ecl ctica: recoger ciertas conquistas de la Revoluci n (libertad e igualdad ante la ley), manteniendo un nuevo orden social que no se alejase de muchos elementos consustanciales al antiguo r gimen. Por eso dentro de la mitolog a inherente al C digo de Napole n se suele insistir en sus facetas conservadoras. En todo caso, la moderna historiograf a concede un papel relevante al por entonces Primer C nsul en la redacci n del C digo que lleva su nombre y que ya hab a sido puesto de relieve por Ren  Savatier en uno de sus primeros escritos[26]; sobre todo en lo que se refiere al Derecho de la persona. Napole n nunca olvid  su concepci n en torno a la unidad jur dica de la familia pues era decidido partidario de una  familia fuerte  sometida a la autoridad del padre y de vigorizar la instituci n matrimonial estableciendo taxativamente que los esposos se obligan mutuamente a  comunidad de

---

pa s y el Derecho com n y le cupo la responsabilidad de presidir la Comisi n. Jean Etienne Marie Portalis, Comisario del Consejo de Presas, abogado de tendencia moderada, debi  exilarse entre 1797 y 1800 por encontrarse vinculado con los emigrados pol ticos; a su regreso fue nombrado senador y ministro durante el Consulado y el Imperio; era abogado del parlamento de Aix y conoc a bien la costumbre del Este; fue agudo cr tico de la  poca del terror y no se identi caba con las ideas revolucionarias ni con el racionalismo, al que imputaba la destrucci n de la tradici n. Felix Julien Jean Bigot de Preameneau, Comisario del Gobierno ante el Tribunal de Casaci n, abogado en el departamento de Rennes y especialista en la costumbre del Oeste. Jacques de Maleville, Abogado en el parlamento de Burdeos, integr  el Tribunal de Casaci n como Secretario y conoc a la costumbre del sudoeste; public  en 1805 una obra donde analizaba la discusi n del C digo ante el Consejo de Estado.

26 *Vid.* el op sculo de R. Savatier, *L'Art de faire les lois. Bonaparte et le Code Civil*, Paris, Dalloz, 1927, 47 pp. El autor describe, no sin cierto apasionamiento, a nuestro personaje: *"Le Premier Consul était alors maigre, pâle, passionné, avec des yeux brillants. Il habillait ses trente ans d'un habit vert qui n'engonçait rien, ne vieillissait pas en lui le jeune homme, ne transformait pas en civil le soldat et ne déteignait nullement sur la couleur peu parlementaire de son éloquence. Il était le plus naturel, le seul fantaisiste, le seul spontané de l'Assemblée, le seul, à propos du mariage, à parler des brunes et des blondes, des yeux noirs et des yeux bleus, et à se permettre de croire*

vida (art. 215). Como es evidente, por los problemas de descendencia que le obligaron a repudiar a Josefina a su pesar, tambi n estaba inclinado a reforzar la adopci n. Y aunque en aquellos momentos condenaba sus eventuales excesos, no se opon a al mantenimiento de la modalidad de divorcio por consentimiento mutuo instaurado por la Revoluci n[27].

Incorpora el *Code civil* sobre todo una concepci n del Derecho reformadora de la sociedad, unificadora de la naci n e instrumento de igualdad. Se configura en tal sentido como un motor de modernizaci n de la sociedad civil para asegurar la propagaci n de las ideas de las Luces y de la Revoluci n. A partir de su entrada en vigor todos los individuos gozan de derechos y deben acatar las mismas reglas, separadas de las prescripciones religiosas. Las personas se encuentran, a partir de ese momento, sujetas desde su nacimiento hasta su muerte a un Estado civil laico simbolizado por el matrimonio civil. Esta laicidad es patente al suprimirse cualquier referencia a la divinidad; no olvidemos que Napole n confirm ciertos cambios realizados por la Revoluci n al poner punto final a la separaci n entre las Iglesias y el Estado, estableciendo un primer umbral de laicizaci n. De esta suerte, y pese a los beneficios para la Iglesia derivados del Concordato de 1801[28], el Estado tiene un fundamento laico, y el C digo Civil de los franceses no incluye prescripci n religiosa alguna. Se laiciza el estado civil, y el matrimonio civil constituye un requisito previo y obligatorio de cualquier ceremonia de matrimonio religioso (libre y facultativo).

▶

*que ces détails puissent avoir leur importance. Lui seul plaisantait dans cette assemblée de gens graves... Mais, en Bonaparte, ce n'était pas seulement le séducteur qui faisait la conquête, c'était aussi le maître. Cela se sent à la lecture. L'éloquence de Bonaparte, ce sont des phrases nettes, coupantes, qui font image, qui parlent, qui vivent, qui marchent, 'des traits de feu' dit Taine, 'dardés par son esprit'... Enfin, l'autorité se réunissant à la séduction et à l'intelligence, quelque chose de si saisissant émane de la parole de ce jeune homme passionné et impérieux qu'au coin de la table un conseiller d'Etat, Thibaudeau, ne se tient pas de noter au vif les incartades de cette parole".*

27 Tras la Restauraci n borb nica la instituci n del divorcio fue suprimida por una Ley de 8 de mayo de 1816 y solo fue reinstaurada por la Ley Naquet de 27 de julio de 1884. Tal supresi n dio origen a c lebres supuestos de la jurisprudencia francesa en el mbito del Derecho internacional privado, como el c lebre asunto Beaufremont . El divorcio por mutuo consentimiento hubo de esperar a la Ley N… 75-617, de 11 de julio de 1975.

28 En dicho instrumento P o VII reconoci algunas reformas revolucionarias contenidas en la Constituci n Civil del Clero, tales como la libertad de cultos, la nacionalizaci n de los bienes eclesi sticos y la disminuci n del n mero de di cesis. Mas Napole n se comprometi a sos-

El resultado de este proceso codificador, la elegancia y la claridad de su estilo pero, sobre todo, la modernidad del esp ritu, el equilibrio que el C digo mantiene entre derechos y obligaciones, los valores en los cuales se fundamenta (libertad, igualdad y tambi n voluntad y responsabilidad) explican su asombrosa longevidad en Francia y su xito internacional[29].

### b) Rasgos esenciales del contenido del *Code*

**9.** Del contenido del *Code* cabe destacar algunos aspectos trascendentes para los futuros desarrollos del Derecho teniendo en cuenta la influencia que registr en todos aquellos pa ses europeos y luego americanos que adoptaron la codificaci n como forma de ordenar sus propios sistemas gubernativos.

El libro primero dedicado a las personas contiene b sicamente la regulaci n de la capacidad y goce de los derechos civiles para cualquier ciudadano franc s, aun cuando restringe el m nimo el derecho de las mujeres; en efecto, al padre de familia y al esposo se le atribuye un lugar preponderante para garantizar el orden en el seno de la familia. Solo el padre tiene el Derecho de Potestad pudiendo impedir el matrimonio hasta los 25 a os de los hijos varones y hasta los 21 en las mujeres, aun cuando tuvieran autorizaci n de la madre. El marido tiene el deber de mantener a la mujer que se ocupa del hogar, no pudiendo esta ltima contratar ni disponer de los bienes sin consentimiento del c nyuge, ni presentarse a juicio como demandante sin su autorizaci n. Excluye la intervenci n del Estado en las relaciones familiares, creando un Consejo de familia constituido por parientes y limitaba la libertad de disponer por testamento seg n la cantidad de hijos que se tuviera. En el *Code* se reglamenta, asimismo, la existencia del registro del estado civil, secularizando las relaciones familiares, lo cual hab a sido una de las reformas de la revoluci n. La familia patriarcal de origen romano fundada en la patria potestad es reempla-

---

tener el culto cat lico y jar sueldo a los sacerdotes, reserv ndose el derecho de nombrar obispos que le deb an prestar juramento de delidad, no obstante lo cual la investidura la otorgaba el Pont ce, con lo cual quedaba establecido de hecho una suerte de patronato a favor del gobernante.

29 D. Berthiau, Un code pour l ternit ? , *Revue d'Histoire du Droit français et étranger*, 2003-2, pp. 195—226

zada por la burguesa, donde aquella cesa con la mayor a de edad (21 a os), eliminando cualquier v nculo feudal o gremial con el Estado[30]. Como hemos tenido ocasi n de apuntar, seculariza el matrimonio, extray ndolo de la competencia de la Iglesia y transform ndolo en un contrato civil. Conserva el divorcio-sanci n por adulterio, crueldad o injuria grave y mantiene el que se verificaba por mutuo acuerdo[31].

Evidentemente, el C digo es tributario en este mbito de las antiguas leyes feudales donde las mujeres carec an de capacidad econ mica plena; y esto fue cierto especialmente para las mujeres casadas quienes estaban totalmente sometidas a la tutela de sus maridos. Por ese es frecuente la afirmaci n de que el C digo consagr la muerte civil y pol tica de la mujer, declar ndola incapaz legal y someti ndola, seg n los casos, a la autoridad del padre, del hermano o del marido. No es de extra ar pues, que entre las reivindicaciones principales de las primeras feministas estuviera el derecho a disponer libremente de sus bienes, del propio salario, por ejemplo. nicamente en el siglo XX se conseguir en estos pa ses romper la legislaci n discriminatoria.

**10.** En cuanto a los libros restantes, se advierte la transformaci n de la estructura de la sociedad civil, a trav s del Derecho de Propiedad y la regulaci n de los contratos. Proh be los fideicomisos, elimina los mayorazgos y sienta el principio de la igualdad de los herederos, con lo cual favorece la fragmentaci n de las propiedades otrora en manos exclusiva de la nobleza. Establece el principio de la libre disposici n de los bienes y el Derecho de Propiedad absoluto para gozar y disponer de los bienes, salvo el uso contrario a la moral y buenas costumbres, aconteciendo lo propio con la autonom a en materia contractual. Cuando el C digo de Napole n en sus arts. 544 y 545 declara que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa del modo m s absoluto sin otras limitaciones que las legales, y que nadie puede ser privado de su propiedad m s que por expropiaci n, fundada en causa justificada de utilidad p blica y previa la correspondiente indemnizaci n, en realidad lo que hace es acre-

---

30 X. Martin, ¸ tout ge? Sur la dur e du pouvoir des p res dans le Code Napol on , *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, N… 13, 1992, pp. 227—301

31 *Vid.* J. Bonnecase, *La philosophie du Code Napoléon au droit de la famille*, Paris, Boccard, 1928, pp. 22 ss.

ditar uno de los resultados de la Revoluci n de 1789 que figurar a en la declaraci n de Derechos del hombre que inici  la Constituci n de 1793. Introduce el desarrollo de la teor a de la responsabilidad por da os, incluyendo la objetiva por culpa encabezando el pensamiento futuro de la denominada  escuela subjetivista  o cl sica de la responsabilidad, dominante en los C digos Civiles decimon nicos que correspond a a una econom a predominantemente agr cola; conforme a tal concepci n, es la actuaci n culpable o dolosa de quien realiza el acto la que justifica su obligaci n de resarcir perjuicios; no obstante, quien incumple una obligaci n o causa un da o por caso fortuito no queda obligado a indemnizar perjuicios:  a lo imposible, nadie est  obligado ; de esta suerte la culpa en materia de responsabilidad extracontractual se configura como un elemento indispensable de la responsabilidad por atribuir al acto la nota de ilicitud que da nacimiento al deber de resarcir.

El libro final trata de las sucesiones, de las obligaciones y los contratos en general y en particular y de algunos derechos reales[32]. Concretamente en materia hereditaria sanciona el procedimiento de la sucesi n romano, pero no hasta el punto de considerar una misma persona al causante y al heredero: la  sucesi n en la persona  pasa a ser reemplazada por una  sucesi n en las titularidades jur dicas . Todo el conjunto reposa sobre la base de un modelo liberal capitalista que favorece y preserva los derechos de la burgues a, estableciendo un efectivo equilibrio entre los derechos y deberes de cu o revolucionario y las costumbres y derechos preexistentes.

11. La promulgaci n de este texto legal marca un hito en el desarrollo posterior y en la codificaci n del Derecho Civil tanto en Europa como en Am rica, sin que su influencia se viera afectada por la ca da del imperio napole nico. De lo expuesto no puede extra ar que autores como A.J. Arnaud hayan considerado que el C digo es como un juego que establece determinadas reglas, burguesas, en donde se dice qui nes pueden jugar y qui nes no[33]. Quienes juegan son especialmente aquellos que son ciuda-

---

[32] J. L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, 296 pp.

[33] A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil*, Paris, R. Pichon y R. Durand-Auzias, 1969, 326 pp.; *id.*, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français: la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Pichon y R. Durand-Auzias, 1973, 182 pp.

danos, franceses, varones y propietarios. Esta es la raz n que justifica la regulaci n de la atribuci n y la adquisici n de la nacionalidad francesa. Por tanto, de las reglas de juego est n excluidos los extranjeros (salvo acreditaci n de la reciprocidad y con m ltiples restricciones en el ejercicio de los derechos), las mujeres, los menores de edad, es decir todav a el C digo Napole nico es un C digo patriarcal, que ten a disposiciones francamente conservadoras. Por ejemplo, la mujer no ten a la posibilidad de disponer de sus bienes, no ten a la representaci n de la sociedad conyugal, el marido pod a disponer de los bienes conyugales sin pedirle ninguna clase de autorizaci n a la mujer; estaba prohibida la indagaci n judicial, es decir si hubiera un juicio para lograr la filiaci n de la paternidad extramatrimonial ileg tima, de tal manera que los hijos extramatrimoniales si no eran reconocidos voluntariamente por sus padres se encontraban en un limbo jur dico. En fin, hay una serie de detalles que hacen que el C digo Napole nico revele un aspecto liberal pero un reverso de la moneda de car cter claramente conservador. Dicho en otros t rminos, es un reflejo de las conquistas democr ticas, pero tambi n incluye un talante conservador que ven a de una burgues a triunfante que no necesitaba de formular ninguna reivindicaci n porque ya se encontraba situada en el poder[34].

### Un hito en el desarrollo posterior de la codificación del Derecho Civil

**12.** La codificaci n es un proceso moderno enraizado a ciertos Estados que pertenecen a una familia jur dica romanista, o del *civil law*[35], por el contrario, en todos aquellos pa ses que pertenecen a la esfera anglosajona la codificaci n ha tenido un impacto diverso. Curiosamente en EE UU donde se registr una notable influencia francesa para la elaboraci n de su Constituci n no se percibi en t rminos generales la impronta del C digo Napole nico. Los pa ses que mayor influencia han recibido han sido en principio los europeos, por la invasi n napole nica, pero tambi n los pa ses latinoamericanos. En este caso no como una invasi n sino bajo

---

[34] J. Pr vault, *Le Code Napoléon: ses fondements philosophiques et son rayonnement dans le monde*, Europa-Institut der Universit t des Saarlandes, 1985.

[35] M. Ascheri, A Turning Point in the Civil-law Tradition: from *Ius commune* to Code Napol on, *Tulane Law Rev,* vol. 70, 1996, pp. 1041-1051.

un proceso de recepci n voluntaria del Derecho. Concebido el C digo como un sistema l gico de normas universales se construy una especie de cultura de C digo que impuso un determinado modo de razonar que ha llegado hasta nuestros d as[36].

El C digo Civil franc s se impone r pidamente en primer lugar por el Derecho de conquista que signific la expansi n del imperio napole nico[37]. As fue adoptado por B lgica[38], Luxemburgo, y luego se extendi a los Pa ses Bajos, cantones de la Suiza francesa[39], principados italianos, polacos y alemanes, entre otros[40]. Su ca da en 1815 origin distintas reacciones si bien aun aquellos pa ses que lo derogaron dictaron otros basados en su normativa. Tambi n influy en su difusi n la pol tica colonial francesa (Canad , Luisiana[41]), f rica, Oriente Medio). Napole n quiso extender las instituciones revolucionarias por convicci n ideol gica, pues cre a en la superioridad de los ideales de racionalidad y justicia propios de la Revoluci n, y por consideraciones pr cticas: contribuir an a la unificaci n del imperio y servir an para asegurar su control, eliminando cuerpos intermedios y privilegios, para suministrar dinero y hombres y para atraer a la burgues a y al campesinado. Pero la extensi n de estas instituciones se acompa de la flexibilidad en su puesta en pr ctica. Esta flexibilidad, junto con la progresiva moderaci n del r gimen, hizo que la fidelidad en la implantaci n de los principios revolucionarios de que eran portadoras las instituciones fuese diversa, en funci n del grado de control de la sociedad en la que se aplicaban, diferente seg n se tratase de territorios incorpora-

---

36 *Cf.* V. Tau Anzoategui, Una cultura de C digo , *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), N. . .26, 1998, pp. 538-539.

37 Dentro de la numerosa bibliograf a existente destaca el reciente volumen colectivo, *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruselas, Bruylant, 2004, 592 pp.

38 R. Piret, Le Code Napol on en Belgique , *Revue internationale de droit comparé*, 1954, pp. 753-791

39 J. F. Poudret, Les limites de l in uence du Code Napol on sur les codi cations romandes du xix me si cle , *Revue historique de droit français et étranger*, N. . .69, 1991, pp. 41-61.

40 M. D. Bocsan, Le Code Napol on en Roumaine au si cle dernier , *Rev. int. dr. comp.*, vol. 56, 2004, pp. 439-446.

41 R. Batiza, The Louisiana Civil Code of 1808: Its actual sources and present relevance , *Tulane Law Review*, N. . .4, 1971, pp. 4-165

dos al Imperio o de estados vasallos o simplemente aliados; de las caracter sticas de la sociedad en que se aplicaba, distintas seg n hubiesen experimentado o no un proceso de reforma previo y dispusiesen o no de estructuras m s o menos parecidas a las francesas; y de la poca en que ello ten a lugar: no fueron lo mismo los primeros momentos que los ltimos a os del Imperio, cuando el r gimen se hab a hecho m s conservador.

13. En t rminos generales puede decirse que hubo una mayor fidelidad al modelo conforme era m s temprana y mayor la integraci n al Imperio y m s grande la afinidad inicial a la sociedad francesa. Mas, tampoco hay que olvidar que, para la realizaci n de las reformas, se tuvo que contar con el personal administrativo adecuado, que en sus estratos bajos era necesariamente local, y con la colaboraci n de los notables del lugar, factores ambos que tendieron a diluir la profundidad de las transformaciones. La vinculaci n del C digo al Imperio explica su escasa influencia en Portugal. En efecto, el C digo Civil portugu s de 1867 fue el que recibi una influencia menor del C digo de Napole n toda vez que en sus trabajos preparatorios se quiso conservar en la medida de lo posible el antiguo Derecho portugu s. Sin embargo el modelo ser a acogido en otros pa ses alejados en principio a la influencia francesa como Rumania.

## III | Repercusión del modelo en América Latina

### Opciones en torno al Derecho colonial heredado

14. La evoluci n de las controversias pol ticas, sociales, ideol gicas, culturales y econ micas que se desarroll en los pa ses de Am rica Latina recientemente independizados permite la comparaci n de los procesos particulares que se registraron en cada pa s en lo relativo a la formaci n de instituciones pol ticas. Si bien se importaron modelos pol tico-ideol gicos de otros pa ses (federalista, centralista, republicano, presidencialista, parlamentario, liberal, conservador, etc.), las circunstancias espec ficas de cada pa s obligaron a que se imprimieran matices a los proyectos de Estado, lo que dio por resultado sociedades con grandes diferencias entre s , pero en algunos casos tambi n con enormes semejanzas. Adentr ndonos en las motivaciones que impulsaron el proceso codificador latinoamericano inevitablemente nos encontraremos con un importante escollo:

poco o nada se ha dicho sobre las condiciones sociales o, culturales en general, que acompa aron dicha formulaci n[42].

15. Dentro del estricto campo del Derecho Privado o, si se quiere, en el interior de las ra ces mediatas del Derecho romano[43], no puede negarse que la identidad jur dico-cultural del Derecho latinoamericano se extiende durante el largo per odo de dominaci n colonial[44]. El Derecho indiano aplicable a los territorios de ultramar construy las bases de lo que luego de la independencia pol tica comenz a adquirir identidad nacional a trav s de la codificaci n. De hecho, la independencia de la Am rica espa ola marc el fin de la poca indiana, pero no del Derecho indiano[45]. El Derecho indiano que rigi en Am rica espa ola desde la poca de los descubrimientos hasta la codificaci n, es decir, en t rminos generales, desde fines del siglo XV hasta la segunda mitad del siglo XIX , estuvo conformado por elementos del Derecho castellano, ind gena y el espec fico

---

42 Destacan, indudablemente, los trabajos de A. Garc a Brito por manejo directo que hace de todos los proyectos de C digos Civiles y de todos los C digos Civiles de Am rica Latina que culminaron en su monograf a, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jur dica de Chile, 2000, 624 pp.

43 La preponderancia del Derecho romano en el Derecho de los pa ses de Am rica Latina es una a rmaci n recurrente. Dentro de la extensa literatura que existe sobre la materia *Vid.* J. M.» Cast n V zquez, El sistema de Derecho privado americano , *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol IV, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1969, pp. 157-188; A. M. Villela, Direito romano e sistema juridico latino-americano , *Revista de Informaçao Legislativa* (Brasilia), 1981, pp. 115-124; P. Catalano, Sistemas jur dicos. Sistema jur dico latino-americano y Derecho romano , *RGLJ*, t. CXXXI, 1982, pp. 166 ss; R. Iglesias y M. Morineau, La in uencia del Derecho romano en el Derecho civil mexicano: los C digos civiles de 1870, 1884 y 1928 , *Revista de Derecho Privado* (M xico), 1992, pp. 51-63; D. P. Fern ndez Arroyo, Sobre la existencia de una familia latinoamericana , *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, poca II, N… XXVII, 1994, pp. 73-109.

44 A. M. Garro, Uni cation and Harmonization of Private Law in Latin America , *AJCL*, vol. 40, 1992, pp. 587-616.

45 Un estudio en profundidad acerca de la a rmaci n del Derecho patrio o nacional, frente al de Derecho com n en Espa a y de la pervivencia del Derecho com n en hispanoam rica se encuentra en el ultimo apartado del libro de B. Bravo Lira, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jur dica de Chile, 1989, XXXVIII + 373 pp.

de Indias . Entre 1571 y 1750 se consolida el Derecho indiano y entre 1750 y 1900 el Derecho Patrio o Nacional surge por encima del Derecho Com n . El Derecho indiano encuentra su ltima fase en la Independencia de Am rica y fenece con la codificaci n[46].

Ahora bien, la codificaci n del Derecho Privado en Am rica Latina no tuvo como objetivo perseguir la uniformidad del Derecho Privado de las j venes Rep blicas, sino m s bien afirmar la naciente soberan a pol tica mediante un sistema legislativo inteligible y m s accesible que la dispersa, profusa y confusa legislaci n colonial. Por descontado, durante el periodo de la conquista, hablar sobre influencias europeas en Am rica Latina es referirse al Derecho espa ol[47]. En aquel entonces el Derecho espa ol estaba constituido por un conglomerado de leyes y disposiciones, consecuencia de una actividad legislativa casu stica y carente de m todo. Los textos legales eran de distinto origen y redactados en distintas pocas, lo que dificultaba su comprensi n y aplicaci n.

**16.** La mayor a de las naciones latinoamericanas alcanzaron su independencia entre 1810 y 1825. Como es l gico, las leyes que vinculaban a las ex-colonias con Espa a fueron derogadas o simplemente quedaron sin efecto. Sin embargo, en lo que respecta a la legislaci n civil, el cambio lleg m s tard amente. Despu s de declarada la independencia, los nuevos Estados no sintieron ninguna urgencia en dedicarse a la elaboraci n de leyes que reemplazaran a la legislaci n civil espa ola. En la b squeda de modelos, se puede observar homogeneidad en todas las rep blicas latinoamericanas. Curiosamente, en lo que se refiere a organizaci n pol tica, todas adoptaron el sistema norteamericano, pero en lo que a Derecho Civil se refiere, al menos en el siglo XIX, se sigue en una u otra medida al modelo franc s[48]. Posteriormente, sin embargo, surgi entre los juristas, pol ticos e intelectuales en general, que formaban parte de los estratos dirigentes de los nuevos Estados, la pretensi n de reformar el viejo Derecho heredado, mediante su sustituci n por una legislaci n nacional. Esta,

---

[46] *Ibid.*, pp. 5-51.

[47] L. Moisset de Espanes, Derecho civil espa ol y americano. Sus in uencias rec procas , *RDP*, 1972, pp. 599-614.

[48] B. Bravo Lira, Codi caci n civil en Iberoam rica y en la Pen nsula ib rica (1827-1917). Derecho nacional y europeizaci n , en A. Levaggi, ed., *Fuentes ideológicas y normativas..., op. cit.*

atendida la poca, no pod a menos que ser formulada bajo la forma de c digos al estilo moderno. Ya hemos tenido ocasi n de afirmar que durante la primera mitad del siglo XIX, el modelo m s prestigioso fue el C digo Napole nico; de hecho, las primeras codificaciones aparecidas en tierras americanas fueron imitaciones y hasta traducciones del C digo franc s.

17. No puede extra ar que durante esta etapa post-colonial, la armon a jur dica latinoamericana quede reafirmada a trav s de la influencia predominante del *Code Civil* Napole nico y el abundante cuerpo de doctrina que acompa su recepci n. En este punto, sin embargo, conviene hacer algunas distinciones entre la corriente codificadora civil y mercantil, y entre diferentes grupos de pa ses conforme a la influencia m s o menos directa del modelo franc s o espa ol y destacar a la vez la influencia rec proca de los c digos latinoamericanos. En efecto, cuando se produce la independencia es l gico que los nuevos Estados latinoamericanos vuelvan la vista a Francia que simbolizaba los ideales de independencia y de libertad al tiempo que segu a siendo un pa s de cultura romanista al igual que las antiguas potencias colonizadoras Espa a y Portugal. Por esta raz n la doctrina y la jurisprudencia francesa han sido la pauta principal para la construcci n del Derecho Civil en las nuevas rep blicas. Y cuando los pa ses latinoamericanos ya se hab an independizado, en uso de su soberan a decidieron acoger el modelo napole nico sin dificultad, toda vez los ideales de la revoluci n francesa coincid an con los ideales de la independencia. Los principios de libertad, igualdad, libre mercado, seguridad econ mica, de estabilidad monetaria, que estaban insertos en el C digo Napole nico eran principios que tambi n adoptaban los precursores de la independencia y los pol ticos de los primeros a os del r gimen republicano. La fidelidad mostrada hacia la obra napole nica reforz el orden social burgu s y junto con l acentu el principio del individualismo jur dico, ya reconocido por el *Code*, de manera que el individuo era colocado ahora m s que nunca en el centro del sistema jur dico dise ado. De esta suerte, la familia autoritaria y patriarcal, la propiedad absoluta, el contrato como eje de las relaciones patrimoniales, fueron pregonados con fuerza. Por ejemplo en Chile, el Director Supremo, Bernardo O Higgins, hubiera deseado, en 1822, adoptar la legislaci n francesa en bloque, lo que era impracticable, sin perjuicio de que d cadas m s tarde, Andr s Bello, redactor del C digo Civil chileno, sin tomarlo como fuente exclusiva ni primordial, se inspirara preferentemente en el C digo Franc s, denomin ndolo

el m s c lebre de los C digos y en la doctrina elaborada por sus comentadores[49]. Indudablemente la aceptaci n del T tulo Preliminar del *Code* marca un jal n importante en la recepci n de este ltimo en Am rica Latina incluyendo muchos Estados dentro de l las primigenias normas que reg an el mbito de aplicaci n de la ley en el espacio y en el tiempo. El t tulo preliminar fue en tal sentido transplantado a casi todos los pa ses latinoamericanos[50]. Curiosamente ste nicamente contiene seis art culos y no obstante esto, ha originado una verdadera revoluci n en el Derecho. Se aladamente, las primitivas normas de Derecho Internacional Privado que en el Continente tendr an, con posterioridad, una marcada dimensi n internacional por obra de las Conferencias Panamericanas y del C digo Bustamante.

Por descontado, en Am rica Latina el *Code* civil de Napole n apareci como el s mbolo de la Revoluci n, el producto del siglo de las luces[51]. La adopci n de un C digo Civil a la imagen del modelo franc s sirvi para afirmar la independencia de los nuevos Estados. Como se ha indicado, bajo la influencia de Andr s Bello varios c digos de Am rica Latina adoptaron una posici n ecl ctica como el modelo franc s: de una parte, el respeto a las normas del Derecho espa ol en materia de familia[52] y, de otra, una fuerte influencia individualista en materia patrimonial. As , el C digo Civil chileno, redactado por el propio Andr s Bello, se inspir en materia patrimonial intensamente en el C digo franc s. Mas la influencia del *Code* no se redujo a este importante instrumento legislativo. La doctrina y jurisprudencia de la Corte de casaci n francesa tendr n tambi n un impacto importante durante el siglo XX.

Si bien a aquella la preceden el *Landrecht* prusiano, el *Code* franc s y el *ABGB* austr aco, se adelanta a la codificaci n italiana (1861), espa-

---

[49] M. C. Mirow, Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello s use of the Code Napol on in Drafting the Chilean Civil Code ; *Lousiana Law Rev.*, vol. 61, 2001, pp. 291-329.

[50] M. Rubio Correa, Los t tulos preliminares en la codi caci n latinoamericana del siglo XIX , en A. Levaggi, ed., *Fuentes ideológicas y normativas de la Codificación latinoamericana,* Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1992.

[51] A. M. Rabello, Montesquieu et la codi cation du droit priv (le code Napol on) , *Rev. int. dr. comp.*, vol. 52, 2000, pp. 147-156.

[52] J. M.» Cast n V zquez, La in uencia de Garc a Goyena en las codi caciones americanas , *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 159 ss.

ola (1889) y alemana del *BGB* (1896). Ello conduce a revisar la percepci n, demasiado simplista, de que la codificaci n avanza desde la Europa hasta el resto del mundo.

**18.** Como ha puesto de relieve desde la perspectiva latinoamericana C. Ramos N nez, est muy lejos de la realidad la opini n, no a n del todo abandonada, que ve por parte de los c digos americanos una copia literal o pr xima del C digo Civil franc s, cosa que no existi como actitud generalizada. Como veremos a partir del C digo peruano de 1852, considerado como el primer C digo americano aut nomo, la idea de introducir el sistema al *Code* brilla por su ausencia. Y, en esta l nea de alejamiento del modelo napole nico, el C digo Civil chileno constituye el ejemplo m s destacado. Ello es as por cuanto en su contenido predomina incontrastablemente la tradici n romano-castellana, y dentro de ella de manera principal la proveniente de las Siete Partidas[53]. Se trata de una actitud que no debe sorprender por cuanto ya la idea de codificaci n que Bello plantea en su propuesta es la de la consolidaci n del Derecho, esto es, recoger el Derecho vigente en el contexto iberoamericano, siendo el Derecho espa ol la vertiente m s abundante en materia una vez expurgado de muchos de sus defectos con la aportaci n de los c digos extranjeros. Y es precisamente aqu donde el C digo de Napole n ocupa un lugar importante. Este es un dato digno de consignar dado que el C digo Civil chileno tuvo una extraordinaria difusi n, matizada desde luego, por parte de diversos pa ses americanos como tendremos ocasi n de comprobar, pasando a tener en este continente un lugar similar al alcanzado en Europa por el C digo de Napole n[54].

[53] J. M.» Cast n V zquez, El C digo civil de Andr s Bello y la unidad del sistema jur dico iberoamericano , *ADC*, 1982, pp. 121-129; J. Samtleben, A in uencia de Andr s Bello no Direito Internacional Privado Latino-Americano , *Revista de Direito e Economia*, 1982, 8, pp. 371-383.

[54] *Vid.* el Cap tulo 3… de la monograf a de C. Ramos N ez, *El Código napoleónico...*, *cit. supra.*

## Alcance del *Code* en los diversos modelos de la codificación americana

**19.** La codificaci n se desarrolla en Am rica Latina de forma simult -nea al proceso codificador europeo[55]. La identidad latinoamericana en lo que concierne a la codificaci n del Derecho Civil, es susceptible de ser subdividida en diferentes grupos, conforme al tipo y grado de influencia recibida de la codificaci n napole nica. Dentro de las m ltiples clasificaciones que se pueden ofrecer, todas ellas v lidas, para observar la mayor o menor influencia del C digo de Napole n en los c digos latinoamericanos es factible establecer tres grupos: el de los c digos afrancesados ; el de los c digos ecl cticos y el de los c digos aut ctonos, que dieron lugar a los modernos C digos de Am rica Latina.

**20.** C digos afrancesados. Algunos pa ses latinoamericanos, como por ejemplo Hait , La Rep blica Dominicana y Bolivia (en su primer C digo Civil) adoptaron el C digo Civil franc s casi literalmente. Hait , en 1819, inicia el ciclo codificador latinoamericano [56], le sucede Santo Domingo, que bajo la dominaci n haitiana, en 1826, adopta los *cinq Codes*, traduci ndolos al espa ol en 1884. A estos dos les sigue el C digo Civil de Oaxaca, promulgado entre 1827 y 1828, en rigor el primer C digo latinoamericano [57].

---

[55] A. Guzm n Brito, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jur -dica de Chile, 2000, 624 pp. Desde el a o 1977 el autor viene publicando una serie de monograf as en torno al tema de la codi caci n y dos libros: *El primer proyecto del Código Civil en Chile* publicado en 1978, y *Andrés Bello, codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile,* en 1982. En el mes de julio del a o 2000 apareci este nuevo libro, un fruto m s de estos 25 a os de estudio sobre la historia de la codi caci n.

[56] A. N. L ger, *Code civil d'Haïti: annote d'après la doctrine et la jurisprudence haïtennes et frabçaises et références aux auteurs. Précédé de la Constitution de 1918 amendée en 1928*, Puerto Principe, Impremerie de La Presse, 1931, 957 pp.; *Vid.* A.G. Cabanis, Un exemple de cr olisation juridique modul e: Le Code Civil Ha tien de 1825 et le Code Napol on , *Rev. int. dr. comp.*, vol. 48, 1996, pp. 443-456.

[57] R. Ortiz Urquidi, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana,* M xico, Porr a, 1973, xxx+385 pp.

En la d cada de los a os treinta del siglo XIX, el afrancesado general Andr s de Santa Cruz, imitando a su admirado Napole n Bonaparte, dictaba para su pa s, Bolivia, los c digos b sicos que ser an un modelo inmediato para toda la temprana codificaci n latinoamericana[58]. Desde mediados de 1836, la Confederaci n Per -boliviana, congregar a a tres entidades pol ticas distintas: el Estado Sud-Peruano, el Estado Nor-Peruano y la Rep blica de Bolivia. Los c digos bolivianos fueron el antecedente directo de los cuerpos legislativos con que contaron los territorios confederados durante su breve existencia[59].

A los C digos de Santa Cruz, le sucede en Costa Rica, el a o de 1841, el C digo General de Braulio Carrillo, redactado por el propio Presidente de la Rep blica. Estos c digos fueron, en l neas generales, fuertemente inspirados por el C digo de Napole n, salvo las comprensibles modificaciones introducidas especialmente en el campo del Derecho Familiar, con base a las reglas del Derecho can nico, aprobadas en el Concilio de Trento. No se piense, en consecuencia, que todos estos c digos fueron una simple reproducci n integral del Code, pues tanto el de Oaxaca, como el C digo boliviano y el de Costa Rica introdujeron algunas modificaciones basadas en el Derecho castellano-indiano, atendiendo a cuadros de costumbres y valores diversos del que inspiraron el C digo franc s.

21. C digos ecl cticos. Existe un bloque de Estados, acaso el m s significativo desde el punto de vista hist rico, reconoci  al C digo Civil franc s como fuente inspiradora principal, pero que se inclinaron por un estilo y t cnica ecl ctico, aportando una dosis significativa de originalidad al movimiento de codificaci n latinoamericano. En la mentalidad de las clases dirigentes m s l cidas se entend a que la mera adopci n del C digo Napole nico, con una u otra reforma de por medio, estaba lejos de garantiza su adecuaci n a la realidad social imperante. Se necesita entonces, por un lado, afincarse en el modelo moderno de la codificaci n; pero, por otro,

---

[58] Resulta obligada la referencia al estudio de L. Leysser, *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código civil peruano*, Lima, Palestra, 2004.

[59] *Vid*. C. Ramos N  ez,  La cultura jur dica en la  poca de la Confederaci n Per -Bolivia , *Revista de Estudios Históricos Jurídicos*, N. . . 22, 2000, pp. 267-297, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552000002200012&script=sci_arttext&tlng=es#1.

conferirle un contenido propio, compatible con las caracter sticas del medio al que se pretende regular.

En estas circunstancias, adviene el C digo Civil peruano de 1852, que, se presenta como el primer C digo latinoamericano pensado desde esta parte del mundo y, que abre en el proceso codificador latinoamericano una fase hasta entonces in dita: la de elaboraci n aut noma. El Per se adelant de este modo al brillante C digo Civil chileno, obra del jurista venezolano Andr s Bello, el mismo que entr en vigor en 1855, y al C digo Civil argentino, obra notable y discutida del jurista Dalmacio V lez S rsfield, que rigi desde 1871 y, al no menos brillante Esbo o de C digo Civil brasile o elaborado por Augusto Teixeira de Freitas, que sustancialmente sirvi de base al C digo argentino. A diferencia de stos no fue obra de un solo jurista, sino el producto transaccional de las diversas tendencias ideol gicas que patrocinaban Ram n Castilla y Jos Rufino Echenique bajo sus respectivos gobiernos. El C digo Civil Peruano de 1852 fue un instrumento que recogi , en verdad, ciertos elementos del C digo Napole nico, pero que no los incorpor mec nicamente; por el contrario, se nutri de elementos variados, especialmente de la antigua legislaci n hispana integrada por las Siete Partidas. En efecto, de Espa a quedaban en la nueva rep blica muchas leyes, costumbres y usos, que necesariamente influyeron al momento de dar normas para regir la vida ciudadana de los peruanos independientes; como pusiera de relieve A. Guzm n Brito, en lo que respecta a la ordenaci n de las materias en cada libro, el C digo peruano de 1852 se inspir claramente en la sistem tica que sol an seguir los pr cticos espa oles, como Tapia en su Febrero nov simo (1828) y en su Febrero nov simamente redactado (1845), incluso en la propia terminolog a. De Francia hay diversas disposiciones del C digo de Napole n y hasta partes completas que fueron inspiradas por aqu l. As , por ejemplo, el T tulo 3…: De los requisitos esenciales de los contratos (arts. 1.235 ss) de la secci n primera del Libro III del C digo peruano, tiene por fondo claramente perceptible al Cap tulo 2…: Des conditions essentielles pour la validit des conventions (arts. 1.108 ss.), del T tulo 3… del Libro III del Code; Con todo, tampoco se trata de una mera traducci n[60]. En cualquier caso la doctrina peruana apunta notables diferencias:

[60] A. Guzm n Brito, El tradicionalismo del C digo civil peruano de 1852 , *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N…23, 2001, pp. 547-565.

prodigalidad, ausencia, cl rigos, esclavos, esponsales, concepto del matrimonio, reglamentaci n de la separaci n de cuerpos, deuda alimenticia, tutela..., filiaci n, semovientes, posesi n, invenci n, usucapi n de muebles, prescripci n liberatoria, donaci n..., testamentos con facilidad para el notarial y severidades para el privado, mejora, desheredaci n total (desconocida en Francia), sustituci n de herederos, comunidad de bienes del r gimen matrimonial, gananciales, parafernales, reservas, lesi n, retracto, etc[61].

Las causas de esta recepci n limitada obedecen al tradicionalismo de la sociedad peruana de la poca y de sus juristas, que si, con todo, gustaban de distinguirse unos de otros seg n sus tendencias liberales o conservadoras, ello estaba determinado por otro g nero de preceptos, b sicamente por el de la actitud frente a la funci n y al estatuto de la Iglesia Cat lica y de la religi n en la vida civil [62]. Pero acaso la diferencia m s caracter stica del modelo franc s fue fijaci n de un estatuto de la esclavitud (Libro I, Secci n 2», T tulo 5…: De los ingenuos, siervos y libertos ; T tulo 6…: De la manumisi n ), en raz n de que en 1852 Per todav a no hab a abolido esa instituci n y no compet a al C digo hacerlo. Y a esto se une el hecho de haber dedicado una reglamentaci n a los cl rigos (Libro I, Secci n 2», T tulo 4…: De los cl rigos ), permite afirmar que a este cuerpo legal a n resultaba algo ajena la idea de la unidad del sujeto de Derecho. El tradicionalismo tambi n se observa en la regulaci n de las instituciones antiguas como las capellan as y el patronato (Libro II, Secci n 7», T tulos 1… y 2…) y los censos (Libro III, Secci n 5», T tulo 4…).

**22.** C digos aut ctonos: El C digo emblem tico latinoamericano es, sin duda, el C digo de Andr s Bello en 1855 que hab a de regir en Chile y que habr a de tener una influencia en otros pa ses de Iberoam rica, como Colombia, Ecuador, que lo copiaron al pie de la letra, y varios pa ses centroamericanos. Puede hablarse de esta suerte de que hay c digos m s afrancesados que otros. Andr s Bello hab a recibido en Inglaterra la influencia de Jerem as Bentham, representante del positivismo y del utilitarismo y esta influencia fue crucial en su determinaci n de la ley como nica fuente del Derecho; asimismo conoci tard amente la obra de F.K. von Savigny y de la Escuela Hist rica, lo que contribuy a suavizar su visi n ius-

[61] J. Basadre Grohmann, *Historia del Derecho peruano*, 2» ed., Lima, 1997, p. 358.

[62] *Cf.* A. Guzm n Brito, El tradicionalismo... , *loc. cit.*, p. 565.

naturalista racionalista y positivista. Su mayor contribuci n al sistema legal chileno fue la codificaci n en la que no ignor  al Derecho castellano indiano, desde el cual depur  muchas normas posteriormente incluidas en el C digo Civil. Tuvo influencias de la codificaci n francesa y en particular de Portalis, de quien tradujo y public  en  El Araucano  textos donde se resalta la necesidad de congruencia entre las nuevas normas y la tradici n jur dica del pueblo donde se aplicar an; no obstante ejerci  una importante impronta en su formaci n jur dica la obra del espa ol Francisco Antonio Mart nez Marina, quien hace un juicio cr tico de la  Nov sima Recopilaci n  aparecida en 1805, es decir, cuando ya el C digo Civil Franc s era Derecho vigente[63]. El C digo Civil de Andr s Bello fue adoptado por las primeras codificaciones civiles en Ecuador (1861), Venezuela (1863), Nicaragua (1867), Colombia (1873), El Salvador (1880) y Honduras (1880).

Al lado del ejemplo chileno la historia de la codificaci n en Brasil arranc  de un plan de reforma de la legislaci n que Augusto Texeira de Freitas dise ara en 1854, por encargo del gobierno imperial[64]. La primera fase de este plan concluy  en la obra conocida como  Consolida ao das leis civis , la cual comprend a 1333 art culos distribuidos en una clasificaci n o sistem tica, que descansaba en la distinci n de derechos personales y reales, y que ten a como finalidad la sistematizaci n de toda la legislaci n de este pa s, incluyendo, por lo tanto, la portuguesa anterior a la independencia y la brasile a, estuvieran o no derogadas, salvo algunas excepciones. La consolidaci n deb a hacerse por t tulos y art culos con proposiciones claras y sucintas, cit ndose en notas correspondientes la ley de la cual se extra a la proposici n y referirse la costumbre establecida contra o seg n un texto. Finaliz  esta extensa labor en 1857 y, si bien fue sometida al parecer de una Comisi n que la aprob , no se le dio valor

63 J. L. de los Mozos,  Algunos aspectos de la in uencia hisp nica en el C digo civil de Andr s Bello , *RGLJ*, 1978, pp. 437-467.

64 En 1853, el gobierno imperial del Brasil decidi  emprender la codi caci n del Derecho y encarg  la obra al reputado jurista Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), quien en una memoria del a o siguiente explic  el plan que pensaba seguir. Este consist a en confeccionar primero una  consolidaci n  del Derecho, esto es una  jaci n sistematizada del Derecho en su estado actual, sin modi caciones sustanciales; y en una codi caci n propiamente tal, despu s, que implicaba una nueva redacci n del material consolidado y una reforma de su contenido.

legislativo, aunque alcanz  gran autoridad pr ctica hasta la entrada en vigor del C digo de 1916, haciendo las veces de un C digo. La segunda fase del plan de reforma de la legislaci n, estuvo presidido por la redacci n de un proyecto de C digo Civil en el plazo de 3 a os, que nuevamente el gobierno imperial encarg  a Texeira de Freitas. Este proyecto, conocido como Esbo o, fue presentado en 1860, pero, fue objeto de una cr tica tal que provoc  la suspensi n de la labor en 1865, dej ndose sin efecto adem s, en 1872, el contrato que el jurista hab a firmado con el gobierno. De esta suerte fracas  en Brasil el proyecto de este jurista, siendo, sin embargo, como se afirm  con anterioridad, ampliamente aprovechado por V lez Sarsfield en Argentina.

En efecto, tanto el C digo Civil chileno como el anteproyecto de Freitas desempe aron una influencia significativa en el C digo Civil argentino redactado por V lez S rsfield, acaso el modelo codificador con mayores estudios preparatorios del Continente, que tuvo la virtud de incorporar un importante elemento de madurez en la historia de la codificaci n iberoamericana, que ya contaba con el precedente chileno. En 1876, el C digo de V lez fue  ntegramente adoptado por el Paraguay, como consecuencia de su derrota en la guerra de la Triple Alianza; adem s ejerci  cierta incidencia el proyecto en el C digo Civil uruguayo de 1869, y, por  ltimo, el C digo tuvo influencia tambi n en los c digos de Nicaragua de 1904 y en el de Panam  de 1916.

## IV | La cultura del Code como paradigma en América Latina

### Dialéctica entre originalidad y dependencia en el movimiento codificador Latinoamericano

**23.** No era posible que los c digos fueran absolutamente  afrancesados  en todas sus l neas. Por ejemplo, Santa Cruz que, como vimos, era un admirador de Napole n, no quiso implantar en el Per  el matrimonio civil, o el divorcio, por razones de car cter ideol gico. Lo mismo ocurri  en M xico, donde se registr  un claro rechazo a la introducci n de instituciones como el Registro civil o el matrimonio laico, consideradas contrarias a la trayectoria generalizada de la poblaci n[65]. Habr a sido inconveniente

[65] M.» del R. Gonz lez, *El Derecho civil en México 1821-1871. Apuntes para un estudio*, M xico,

desde el punto de vista pol tico establecer instituciones que parec an muy modernas y en tal sentido tambi n los legisladores actuaban como una suerte de aduana cultural: unas instituciones eran admitidas y otras rechazadas. Se trataba de algo que Fernando de Trazegnies ha llamado moder-nizaci n tradicionalista , es decir, se toman ciertos elementos que son convenientes y otros no. Los elementos que no se introdujeron fueron esencialmente el matrimonio civil y el divorcio, que s lo van a llegar en el siglo XX[66]. Por eso la recepci n del C digo Napole nico no fue un proceso mec nico sino m s bien un proceso selectivo.

El Code se presenta dentro de la codificaci n como el paradigma[67] consider ndolo F. Wieacker como una de las recepciones m s evidentes en el mundo del Derecho[68]. Su especial naturaleza de propaganda revolucionaria, pero en esencia conservadora, lo llevar a a ser el predilecto en la recepci n que oper en la codificaci n latinoamericana. As en M xico Justo Sierra, el codificador del XIX, admite que la fuente nutricia principal es el Code que, en mayor o menor medida, ha sido el sustrato de las futuras generaciones de c digos civiles hasta el actual de 1928[69]. Sin embargo, la influencia francesa no se registr en este pa s de C digo a

---

UNAM, 1988. Seg n esta autora no se cuenta con estudios que analicen pormenorizadamente la in uencia de los distintos pa ses continentales europeos o del *common law* en nuestra codi caci n civil. Tampoco contamos con estudios que analicen la in uencia de los tratadistas europeos y anglosajones en particular (p. 63). La ex gesis de la in uencia francesa en el Derecho privado mexicano registra una extraordinaria complejidad. *Vid.* J. L. Soberanes Fern ndez, Las codi caciones del Derecho privado mexicano en el siglo XIX , *Revista de Investigaciones Jurídicas,* M xico, N… 10, 1986; R. Batiza, *Los orígenes de la Codificación Civil y su influencia en el Derecho mexicano,* M xico, Porr a, 1982; J. R. Narv ez Hern ndez, La crisis de la codi caci n y la Historia del Derecho , *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XV, 2003. http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/cnt/cnt9. htm#N28.

66 F. de Trazegnies Granda, Presencia del C digo Napole nico en el Per . Los con ictos entre tradici n y modernizaci n , *La codificación: raíces y prospectiva., op. cit.*

67 G. Astuti, *La codificazione del diritto civile*, N poles, Edizione Scienti che Italia, 1984.

68 F. Wieacker, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (traducci n del alem n por Francisco Fern ndez Jard n; edici n al cuidado de Jos Luis Monereo P rez), Granada, Comares, 2000, 563 pp.

69 R. Batiza, *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el Derecho mexicano*, M xico, Porr a, 1982.

C digo, sino a trav s de la recepci n del *Code* en distintas Leyes de Reforma, se aladamente en Leyes como la de Sucesiones de 1857, o la del Registro Civil de 1859[70]. Posteriormente, como es obvio, el C digo Civil mexicano de 1928 recoger a el esp ritu social de la Revoluci n mexicana que supuso un hito hist rico al establecer, por ejemplo, la igualdad jur dica de la mujer con respecto al hombre; el reconocimiento de la doctrina del abuso del Derecho en general y de propiedad en especial; la teor a del riesgo profesional; la responsabilidad objetiva por objetos peligrosos; y disposiciones diversas en materia contractual destinadas a proteger a la parte m s d bil. Pero con respecto a sus fuentes, m s de la mitad de sus art culos corresponden al C digo de 1870, que proven an del C digo del Imperio, del portugu s y la Ley hipotecaria espa ola de 1869.

Al igual que una mancha de aceite se produjeron situaciones parecidas en todo el hemisferio, al margen de la ingente obra de los codificadores latinoamericanos, que contribuyeron con su formaci n en muchos casos romanista y de Derecho comparado. La consecuencia es que si bien pudieron darse innovaciones y propuestas stas permanecieron siempre dentro de los perfiles trazados por el modelo. La tradici n y los Derechos particulares influyeron poco, baste pensar a la omisi n del Derecho Ind gena (en gran mayor a de origen virreinal), en la organizaci n territorial, en ciertos Derechos de comunidad que desaparecieron despu s de la codificaci n.

**24.** En todo caso, los propios c digos que denominamos aut ctonos encierran el ideal social del denominado paradigma franc s . No s lo el pensamiento de codificar el Derecho Civil se basa en la idea del C digo franc s sino que no se puede obviar la influencia del Derecho franc s en el contenido de la obra de autores como Dalmacio V lez Sarsfierld[71]. Mas, es menester referirse al Derecho franc s y no al *Code* ya que la influencia

70 J. L. Soberanes Fern ndez, Las codi caciones de Derecho privado mexicano en el siglo XIX , *Revista de Investigaciones Jurídicas* (M xico), N. . . 10, 1983, pp. 373-384.

71 G. Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio*, M xico, F.C.E., 1986, p. 44; *Vid.* A. A. Taraborrelli, An lisis critico del C digo de V lez, la reforma de Borda y la actualidad , *Revista de la Union de Magistrados de Lomas de Zamora*, noviembre de 2002 (http://wwwderechoprofundizado.org/doctrina/derecho civil y_comercial/analisis_critico_civil).

de los juristas franceses fue mayor que la del C digo mismo. Incluso es probable que el codificador argentino haya conocido el C digo franc s indirectamente a trav s de la propia doctrina francesa. Por esta raz n V lez Sarsfierld se aproxim al C digo franc s con sentido cr tico y no dud en apartarse de la soluci n francesa cuando la encontr confusa o desadecuada. De esta suerte no s lo la estructura del C digo argentino es distinta de la del C digo Napole n, sino que nicamente un n mero relativamente peque o de art culos del C digo Civil argentino est n tomados directamente del C digo franc s[72]. Adem s, si contemplamos la influencia del Derecho franc s en el C digo argentino, debemos prestar atenci n tambi n a la influencia que tuvo el C digo de Luisiana, que aparece no pocas veces citado en las notas de V lez. En efecto, la mayor a de las veces que aparece en las notas de V lez el C digo de Luisiana, lo hace junto con el C digo franc s, lo cual no deja de ser l gico teniendo en cuenta la similitud que por entonces todav a hab a entre ambos. Sin embargo, no pocas veces es posible encontrar al C digo de Luisiana como fuente de tal o cual art culo, sin que aparezca una correlativa referencia al C digo Napole n. Indudablemente V lez encontr en el C digo de Luisiana un texto que desarrollaba las ideas del Derecho romano expresadas en un lenguaje m s moderno y es natural que conociera en profundidad este instrumento. Cabe insistir en que no menor que la influencia que el Derecho franc s tuvo en la obra del codificador, fue el peso que tuvo la doctrina jur dica francesa en el Derecho Civil argentino hasta bien entrado el siglo XX.

### Incidencia de otros modelos

**25.** Desde principios del siglo XIX, se hab a venido formando en Alemania una nueva ciencia jur dica, llamada pandect stica, la cual, merced al talento de los juristas que la cultivaron, alcanz prestigio internacional y pudo competir con la poderosa ciencia exeg tica francesa. De la pandect stica deriv directamente el C digo alem n promulgado en 1896 que entro en vigor en 1900. Por aquellos a os el proceso de codificaci n civil estaba pr cticamente terminado en Am rica, salvo en Brasil (que no tuvo un C digo sino hasta 1916), de modo que el BGB careci de influencia en

72 G. A. Bossert, In uencia del C digo civil franc s en el C digo argentino y otros C digos de hispanoam rica , *La Ley* (Buenos Aires), LXIX, N. . . 34, 17 febrero 2005, pp. 1-5.

esas naciones. Pero la precedente ciencia pandect stica, en cambio, s pudo influir en las codificaciones y en los proyectos de c digos formulados durante la segunda mitad del siglo en Am rica.

Es significativo que dos importantes codificaciones americanas, la brasile a y la argentina, en la materia de las actuaciones humanas l citas relevantes para el Derecho, escaparan totalmente a la tradici n del contrato que hab a triunfado en el Code y se sometieron a la del acto jur dico que hacia la poca hab a hecho suya la ciencia pandect stica alemana. De ambas, la que m s perfectamente se adapt a dicha tradici n fue la brasilera de 1916, con su antecedente en el Esbo o de Teixeira de Fritas. Seg n ello, en una parte general se divide todo el Derecho en personas, cosas y hechos (de los cuales los m s importantes son los actos), como versi n moderna de la tricotom a gayano-justinianea del *ius en personae res actiones*. Este esquema no fue seguido en la Argentina, cuyo C digo carece de una parte general; de manera que el sistema de los hechos (actos) , en todo obediente a la mencionada tradici n sin embargo, fue insertado en la parte relativa a las obligaciones, en lo que puede verse, empero, un lejano eco de la tradici n del contrato y del Code Civil en sus aspectos externos[73]. Menci n especial merece influencia del C digo italiano de 1942 en el Derecho Civil argentino y particularmente en los proyectos de reforma del C digo Civil, para plantear luego la posibilidad de encontrar puntos de contacto entre este fen meno y la influencia que tuvo la cultura italiana en Argentina[74]. Pero es en la reforma del C digo Civil argentino 1968 donde por primera vez las soluciones del C digo italiano toman cuerpo.

**26.** Este apartado no puede concluirse sin una referencia del Derecho espa ol[75]. En efecto, la presencia de este ordenamiento es particularmente significativa en la exigencia de la entrega de la cosa para la transmi-

[73] *Cf.* A. Guzm n Brito, Para la historia de la formaci n de la teor a general del acto o negocio jur dicos y del contrato , *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N... 19 (Valpara so, Chile), 1997, pp. 95-106.

[74] P. Lerner, El C digo civil italiano de 1942 y las reformas al C digo civil argentino , *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, N... 103, 2002, pp. 167-194.

[75] Resulta obligada aqu la referencia a J. M.» Cast n V zquez, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas* (discurso le do el d a 23 de enero de 1948, en su

si n de un Derecho Real que figura en la inmensa mayor a de las legislaciones iberoamericanas. Si se analizan los diferentes sistemas en presencia dentro del Derecho Comparado iberoamericano se observa una serie de rasgos comunes un de las cuales es, precisamente, la exigencia de la tradici n de la cosa , como modo constitutivo del Derecho Real que se desea transmitir. La exigencia de este requisito remonta al Derecho romano, desde donde pas a la antigua legislaci n espa ola, y se ha mantenido en su C digo Civil, pese a que el proyecto de Garc a Goyena propon a dejarlo de lado, para adoptar el sistema consensualista franc s. Los codificadores iberoamericanos, que en este punto dejaron de lado el modelo franc s, y exigieron la traditio rei, o entrega material de la cosa, como modo integrativo de la transmisi n del dominio, criticando duramente la traditio mero consensu, por considerar indispensable la existencia de un acto material que exteriorice la transmisi n[76].

S lo muy posteriormente, con la sanci n del C digo Civil en 1889, Espa a logr poner orden en su Derecho Civil Nacional[77], seriamente condicionado por la diversidad legislativa existente en su territorio en funci n de los denominados Derecho forales [78]. Espa a no qued al margen de esta influencia benthamista. La voz del Estado analiza expresamente el fracaso que sucedi al Proyecto de C digo Civil de 1851, tras la creaci n de la hasta hoy vigente Comisi n de Codificaci n por Real Decreto de 19 de agosto de 1843. El fracaso del C digo Civil de 1851, alej , a n m s, cualquier comparaci n de la situaci n del ordenamiento jur dico

---

recepci n p blica por el Excmo. Sr. don Jos Mar a Cast n V zquez y contestaci n del Excmo. Sr. don Antonio Hern ndez Gil), Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislaci n, 1984, 184 pp.

76 L. Moisset de Espan s, La tradici n traslativa de dominio (El c digo civil espa ol y el sistema iberoamericano) , *RDP*, 2004, pp. 771-786.

77 *Vid.* J. Harris, Los escritos de codi caci n de Jeremy Bentham y su recepci n en el primer liberalismo espa ol , T los. *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 8, 1999, pp. 9-29.

78 El movimiento uni cador, proveniente de Francia, evoluciona a mediados del siglo XIX, con la in uencia de autores como Savigny y la Escuela Hist rica, que irrumpen con fuerza en Alemania, defendiendo la creaci n del Derecho no como fuente de la raz n —la idea francesa— sino como esp ritu del pueblo, una idea contraria a la codi caci n, el movimiento uni cador del derecho. As , cuando se empieza a vislumbrar la posibilidad de promulgar un nico C digo Civil en Espa a, el de 1851 (el C digo Civil franc s de 1804 es el ejemplo en el que se

decimon nico espa ol con el franc s. El desprecio del parlamentarismo, la inflaci n de reglamentos, la ausencia de cualquier preocupaci n doctrinal sobre la consecuci n real de las normas se mantuvo hasta 1889[79].

Los pa ses que adoptaron el C digo Civil espa ol de 1889 por haber sido los ltimos en haberse desprendido del r gimen colonial, integran un segundo grupo menos extenso. Este es el caso de Cuba y Puerto Rico, aunque ambos sistemas jur dicos han sido significativamente influenciados, en el caso de Cuba, por la superestructura pol tica de la legalidad socialista (que dio como resultado el nuevo C digo Civil de 1987), y, en el caso de Puerto Rico, por la aplicaci n del Derecho Federal de los EE UU. Evidentemente la recepci n del *Code* en este caso es de segundo grado , por la identidad del C digo espa ol con el franc s, salvo ciertas particularidades derivadas del fen meno foral espa ol. Puede agregarse aqu un grupo de pa ses de Am rica Central como Honduras y Panam , cuya primera codificaci n del Derecho Civil tuvo lugar a comienzos del pasado siglo y por lo tanto tuvieron la oportunidad de apoyarse, aunque no en forma en tan directa como el grupo anterior, en el C digo Civil espa ol aunque con posterioridad han recibido una profunda influencia del *common law*.

## IV | Dos siglos después

**27.** En la hora actual, cuando las leyes se suceden unas a otras con ritmo sostenido por la aceleraci n del progreso cient fico, cuando la creaci n de nuevos derechos individuales y colectivos, las alternancias pol ticas y los textos son a veces poco precisos, resulta importante recordar la cla-

mira), dicho proyecto fracasa por la denominada cuesti n foral, hasta que en 1889 el C digo Civil naciente, el actual —con su Ley de Bases de 1888— parte de la persistencia de esos Derechos forales —por ahora, se dice en la primera redacci n del C digo Civil, no as en la actual— y de su mantenimiento mediante el sistema de ap ndices, un sistema que fracas en su tiempo y que posteriormente dio paso, durante la segunda mitad del siglo XX, al de las compilaciones. *Vid.* J. Bar Pazos, *La codificación del Derecho civil en España: 1808-1889*, Santander, Univ. de Cantabria, Serv. de Pubicaciones, 1992, 324 pp.

[79] M.» J. Miranda, Bentham en Espa a , *Jeremías Bentham, El Panóptico,* Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1979, pp. 127-145.

ridad de las palabras de Portalis: la ley ordena, permite o proh be . Por ello se sostiene que la codificaci n sigue siendo un instrumento indispensable para mantener, en el mundo moderno, el ideal de una ley clara, inteligible, accesible para todos, que constituye ya un objetivo de valor constitucional. Exige, simplemente, una decidida voluntad pol tica y una clara conciencia de los objetivos a desarrollar[80]. De acuerdo con este planteamiento, la codificaci n, requerimiento democr tico, se ha convertido asimismo en exigencia econ mica: la codificaci n tiene la posibilidad, en efecto, de reducir el costo de acceso al Derecho para las administraciones y las empresas privadas, propiciando de esta manera las inversiones. No obstante, un fen meno de descodificaci n se encuentra presente en Europa y en Am rica Latina. A falta de un nuevo C digo en Francia, la descodificaci n tiene lugar por la v a de la jurisprudencia, de una manera tan radical que hoy es imposible aplicar el Code sin conocer aquella. Conviene confrontar estas experiencias y extraer las conclusiones pertinentes.

En lo jur dico, los esquemas aportados por la raz n: tratados internacionales, constituciones pol ticas, c digos y leyes no han permitido alcanzar ni la paz social ni la individual al trav s de modelos nicos y finales. Se ha producido la r volte des faits contre le code referida ya en 1920 por Gustave Morin. Deber esperarse a 1978 para que el jurista italiano Natalino Irti acu e la expresi n descodificaci n para nombrar el deterioro de los c digos. Seg n Bravo Lira el sentido de descodificaci n es abandonar la veneraci n servil del texto -sic scriptum est- para fijarse en su contenido y servirse de l seg n lo exijan las variables condiciones de tiempo y de lugar en que discurre la vida jur dica. Esto supone, ante todo, que el jurista y el juez dejen de ser servidores de la ley, para volver a ser ministros del Derecho [81].

**28.** Pese a su compleja justificaci n la descodificaci n[82] se presenta en la actualidad como un fen meno irreversible, dotado de alcance general,

---

[80] B. Oppetit, *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998, 91 pp.

[81] B. Bravo Lira y S. Concha M rquez de la Plata, *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, vol. I, Santiago, Universidad Santo Tom s, 1999, 333 pp.

[82] La expresi n descodi caci n se atribuye a N. Irti, *L'età delle decodificazione*, 4» ed., Mil n, Giuffr , 1999; existe una versi n espa ola, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992. *Vid.* M. L. Murillo, The Evolution of Codi cation in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodi cation and Recodi cation , *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 11, 2001, pp. 1-20.

dada la renovaci n e ininterrumpida expansi n del Derecho Privado, mediante leyes especiales y complementarias surgidas casi siempre con criterios oportunistas. La sola existencia de este fen meno refleja elocuentemente la impotencia del legislador para hacer frente de una forma arm -nica a la ordenaci n del Derecho Privado, sin perjuicio de que estas importantes piezas, situadas fuera de la originaria estructura codificada, contin en teniendo en los preceptos del C digo Civil de muchos pa ses, su ltima referencia sistem tica .

La poca de la descodificaci n ha conducido a que las leyes especiales se apropien de determinadas materias y clases, vaciando de contenido la disciplina codificada e incluso alcanzando relevancia en algunos casos. Estas leyes logran tal estado de consolidaci n que evidencian l gicas aut nomas y principios org nicos que llegan a oponerse a la propia sistem tica del Derecho Privado y despu s acaban con una pretensi n de plenitud y de autonom a normativa. Hay que reconocer que algunas leyes especiales constituyen hoy el Derecho general de una instituci n o de una materia completa. Con la proliferaci n de leyes especiales se produce una inflaci n legislativa que difunde la sensaci n de que el tiempo de la codificaci n ha pasado. La misma forma de los textos codificados ha dejado de responder a conceptos reconocidos y reconocibles; dicho de otro modo, la idea de C digo, como totalidad normativa, corpus iuris completo y acabado no tiene m s sentido. Como contrapartida, del elevado grado de complejidad alcanzado por la edici n de un n mero tan grande de leyes en todo el mundo, se observa la tendencia a reducirlas a lo indispensable; a partir de la constataci n com n de la existencia de una inflaci n reguladora, se propaga un espacio para la desregulaci n que podr a reconducir, parad jicamente, a una codificaci n de nuevo cu o.

Asistimos, de esta suerte, a la especializaci n normativa con la consiguiente fractura del modelo codificador tradicional. Este fen meno descodificador [83] trae consigo la creaci n y la elaboraci n de una serie de instrumentos que contemplan figuras jur dicas nuevas, no previstas en los c digos respectivos y ordenadas fuera de los mismos, atentando contra el car cter omnicomprensivo que se les hab a querido dar. En la actua-

[83] Que se tiene muchas manifestaciones, como por ejemplo, en el Derecho civil, respecto del r gimen de responsabilidad por da os. *Vid.* L. D ez-Picazo y Ponce de Le n, Codi caci n, descodi caci n... , *loc. cit.*, pp. 473-485.

lidad se concibe a la codificaci n como un proceso cultural e hist rico por el cual ha sido posible la realizaci n de un producto que tiene como caracter sticas esenciales agrupar un conjunto de normas de Derecho, hacerlo de una manera coherente y sistem tica y tener una vocaci n a la totalizaci n; ofrece pues una nota de exhaustividad al abarcar todas las relaciones jur dicas posibles de una determinada materia[84]. Por esa raz n estamos asistiendo a la superaci n de la forma legislativa codificada por incompatibilidad con los tiempos actuales que ha tenido lugar a lo largo del presente siglo, a lo que se une la creaci n de una especificidad de normas aut nomas fuera del mbito propio de los C digos que experimentan un adelgazamiento progresivo. De acuerdo con esta corriente el C digo es un sistema necesariamente imperfecto porque su texto no responde a la realidad; un sistema que cierra el paso a otras formas de creaci n jur dica que no emanen del mismo. La aspiraci n de que un C digo Civil d cabida a toda la materia civil comienza, pues, a ser abandonada inici ndose un proceso lento, pero progresivo de descodificaci n que se produce de forma paralela con el proceso de promulgaci n de Leyes especiales. Es cierto que el fen meno de la descodificaci n tiene un alcance general y se percibe en la mayor parte de las disciplinas jur dicas, pero en el Derecho Civil, la propia heterogeneidad y mutaci n constante de la materia regulada hace que se dicho fen meno se agudice particularmente y se presente como algo irreversible produci ndose la renovaci n a trav s de Leyes especiales

**29.** Al igual que en Francia, la codificaci n ha marcado la tradici n jur dica latinoamericana y la experiencia en el subcontinente muestra la resistencia de los viejos C digos al cambio. Ello no debe ser un freno para la necesaria modernizaci n de las vigentes reglamentaciones civiles con el fin de adaptarlas a la realidad social vigente, que es muy distinta de la que existi en la poca de promulgaci n de unos instrumentos que sobrepasan, muchos de ellos, los cien a os de vigencia; elaborados sobre modelos inadecuados a los tiempos modernos, pues las concepciones ambientales, pol ticas y sociales incorporadas a sus textos no se acomodaban a las estructuras sociales de unos pa ses donde esos fen menos eran diferen-

[84] A. J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991, p. 135.

tes, con el consiguiente desajuste de la legislaci n civil con la realidad[85]. Por esto resulta esperanzador que en la actualidad, los proyectos de renovaci n de la codificaci n se hayan multiplicado en Am rica Latina: el C digo Civil peruano de 1984; el C digo de Comercio boliviano de 1994 y el ante-proyecto de C digo Civil boliviano de 1997; el proyecto de C digo Civil argentino de 1998[86]; el C digo Civil brasile o de 2002; los proyectos chilenos de renovaci n de la legislaci n civil y comercial, etc.

Con independencia de la tan necesaria modernizaci n, en Am rica Latina el C digo Civil franc s sigue siendo visto como el s mbolo de la Revoluci n, como un producto genuino del siglo de las luces. La adopci n de un C digo Civil a la imagen del modelo franc s fue un importante instrumento para afirmar la independencia de los nuevos Estados. Al mismo tiempo, es posible dejar constancia que, bajo la influencia de Andr s Bello, los c digos de Am rica Latina tambi n adoptaron una posici n ecl ctica: por una parte, un respeto a las normas del Derecho espa ol en materia de familia y, por otra, una fuerte inspiraci n individualista en materia patrimonial. Por lo dem s, en Francia y en Am rica Latina el C digo Civil se sigue presentando como una verdadera constituci n civil , lo que lleva a preguntarse si en estos pa ses el Estado precedi , en alguna medida, el nacimiento de la Naci n. En un momento en el cual la armonizaci n, incluso la unificaci n del Derecho Privado, se encuentra en el centro de los debates jur dicos y pol ticos, en particular en la Uni n Europea[87], el esp ritu del C digo Civil sigue siendo una referencia obligada: es necesario propiciar la aparici n de un sistema jur dico equilibrado que responda no solamente a las exigencias econ micas sino tambi n a consideraciones demo-

85 R. Zeled n Zeled n, Bases sociales para la modernizaci n del C digo Civil con miras al siglo XXI , *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, vol. 52, N…2, abril-junio de 1991, pp. 81-108.

86 A. A. Alterini, El proyecto de C digo Civil de 1998: perspectiva y prospectiva , *Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados*, N… I, 3» poca, Buenos Aires, noviembre de 1999, p. 21

87 J. C. Fern ndez Rozas, La uni caci n del Derecho mercantil internacional en los procesos de integraci n econ mica: la experiencia europea , *Revista Jurídica Española La Ley*, N… 5860, 30 de septiembre de 2003, pp. 1-10.

cr ticas. Los ideales de humanismo[88], de justicia social, de equidad, de inteligibilidad y de facilidad de acceso al Derecho, la voluntad reformadora y unificadora que presidieron la elaboraci n del C digo Civil no han perdido, en efecto, su actualidad. Si el pasado a o se celebr  el bicentenario del Code civil pr cticamente en todas partes del planeta, es acaso porque el esp ritu de Bonaparte se mantiene presente y sigue influyendo nuestras legislaciones, inspirando asimismo a nuestros legisladores. Despu s de dos siglos de vigencia el gran m rito que tiene el C digo Civil de 1804 en la actualidad es que sus conceptos jur dicos y su flexibilidad en su interpretaci n han permitido su adaptabilidad a la transformaci n de la sociedad francesa[89], pasando de una organizaci n patriarcal a la afirmaci n de la igualdad entre hombres y mujeres. Ya no estamos en la situaci n de la  poca en que fue celebrado el primer Centenario en 1904, cuando en Francia una feminista quem  ese libro rojo al pie de la Colonia de Vendome.

Es cierto que en el presente la aplicaci n del Derecho requiere mayor creatividad de jurista y que los C digos deben limitarse a servir de gu a siendo un instrumento, importante si, pero no un fin en s  mismo. Tambi n es cierto que la globalizaci n apunta a una fuerte penetraci n del common law sobre todo en el  mbito de las transacciones mercantiles. Pero no puede desconocerse el legado hist rico que nos dej  el C digo de Napole n. Con independencia de las semejanzas o diferencias respecto de aspectos t cnicos o axiol gicos de los C digos de Am rica Latina, lo cierto es que el Derecho Civil franc s y el C digo de Napole n han sido piezas angulares del sistema continental de Derecho Privado que hoy incluye a la mayor a de los pa ses que recibieron la influencia del ordenamiento franc s. Y ello por haber contribuido decisivamente a la causa de la codificaci n frente otros sistemas abiertos, que no llegaron a contar con aceptaci n alguna en los tiempos actuales. Asimismo, por su decisiva impronta en la configuraci n de las legislaciones nacionales del hemisferio con un componente indubitado de progreso cient fico puesto de manifiesto tanto en la coincidencias, como en las discrepancias o asimetr as.

---

[88] B. Tabbah,  L humanisme du droit civil fran ais, secret de son rayonnement , *Revue internationale de droit comparé*, 1954, pp. 702—730.

[89] J. D. Bredin, *Code civil des Français, Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004.

# Derecho Internacional Privado

## Considerações críticas sobre alguns temas de Dereito Internacional Privado

José Roberto Franco Da Fonseca

### 1 Introdução

A mim me pareceu apropriado, para homenagear o distinguido internacionalista Doutor Carlos Febres Pobeda, formular algumas considerações críticas sobre o Direito Internacional Privado, campo de estudos jurídicos em que o homenageado deu brilhante e profícua contribuição por meio de classes, trabalhos escritos e conferências.

Para isso, procurei selecionar alguns temas clássicos, a fim de analisá-los sob a ótica da Teoria Geral do Direito e dos pressupostos jusfilosóficos das normas jurídicas. Dentro da temática geral do Direito Internacional Privado, existem temas específicos que estão a exigir esse esforço metodológico em busca de sua integral compreensão crítica. Tais temas são o reenvio, a questão prejudicial ou prévia e, finalmente, o grave problema do valor do justo no momento da formulação legislativa na norma de Direito Internacional Privado.

As considerações que serão feitas em torno desses três temas fundamentais irão partir da aplicação dos princípios da Teoria Geral de Direito e da aplicação dos pressupostos jusfilosóficos que explicam a estrutura das regras jurídicas, como acima já ficou dito.

# II | Pressupostos jusfilosóficos do Direito Internacional Privado

## 1. Direito internacional privado e dogmática jurídica

Para a investiga o sobre a diferen a espec ca das regras de Direito Internacional Privado, importa mais que tudo examinar os princ - pios dessa disciplina sob a tica da Teoria Geral do Direito, que se ocupa da norma ou forma garantidora dos comportamentos que pre gura abs- tratamente e leg tima. O objeto dessa, primeira e dogm tica indaga o a positividade das regras desse ramo do Direito, que envolve a correla o vig ncia-e c cia, como uma das formas de realiza o social de valores.

Tal concre o de valores, correlatamente indispens vel no estudo da positividade, implica tamb m, por outro lado, no reconhecimento de um anterior momento valorativo, onde ocorre, sempre, a necess ria op o ou elei o entre v rias vias hipot ticas de comportamento, todas com anseio de positiva o.

Se essa op o ocorre, no momento valorativo, em toda regra jur dica (n o s na de Direito Internacional Privado), duas notas distintivas, sem embargo, diferenciam-na especi camente, no ramo cient co-jur dico que estamos a estudar. que, em primeiro lugar, no momento da valora- o, irrelevante e indiferente, para o legislador de Direito Internacional Privado, o conte do normativo das disposi es concorrentes para a qua- li ca o jur dica da rela o de fato subjacente; assim, diante de um casa- mento celebrado no pa s entre um grego e uma francesa, o crit rio valo- rativo de aferi o ou indaga o do justo, para aquele legislador, n o ter por ponto de partida a pergunta sobre se o casamento melhor discipli- nado no direito grego, se no franc s ou se no do pa s em que se celebrou, mas, pelo contr rio, ter por ponto de partida a pergunta sobre se tal mat ria (casamento de estrangeiros celebrado na Venezuela) seria mais justamente disciplinado pelo direito substancial nacional de um dos c n- juges, ou se pelo direito de ambos, ou se pelo direito substancial do foro, ou se pela lei substancial do primeiro domic lio conjugal (n o importando o conte do valorativo do que disponha, em cada caso, cada uma dessas leis substanciais interessadas). Em segundo lugar, o que acontece no momento valorativo do Direito Internacional Privado que, como cou

visto, as várias opções que se colocam ante o legislador são normas de direito positivo e não condutas.

É essa a dupla diferença específica das normas de Direito Internacional Privado, que as distingue das demais normas jurídicas (as substanciais) e é necessária a exata compreensão dessa técnica legislativa especial das regras colisionais (não substanciais), sob a ótica da Dogmática Jurídica.

De fato, reflete-se essa específica opção valorativa na própria estrutura lógico-normativa especial da regra de Direito Internacional Privado, que se utiliza de técnica legislativa *sui generis*, semelhante às normas em branco com conteúdo ideológico variável, para a qualificação direta (sem embargo, mediata) da relação ou situação. Nesse sentido, disse já pitorescamente Arminjon na Sociedade de Legislação Comparada, o Direito Internacional Privado tradicional não resolve diretamente (imediatamente) as questões: indica a legislação que dará a solução, como no balcão de informações de uma estrada de ferro tem-se a indicação do trem que se deve tomar. Isso deve-se ao fato de que o legislador de Direito Internacional Privado usa, em regra, três conceitos sintéticos, de conteúdo variável: a) na hipótese: a relação ou situação (que é referida, por exemplo, como "estado e capacidade", "obrigações", "sucessões", "impedimentos matrimoniais" etc.) e os elementos de conexão implícitos ("nacionalidade", "domicílio", "lugar de celebração do ato" etc.); b) na estatuição ou disposição: a explicitação sintética de um dos elementos de fato, ao qual dá força de conexão, e a indicação, também sintética, da norma substancial chamada por meio desse elemento fáctico (exs.: "lei domiciliar", "lei da nacionalidade", "lei do lugar da celebração do ato" etc.).

Para a obtenção do mesmo fim visado pelo legislador de Direito Internacional Privado, por meio dessa técnica especialíssima — qualificação direta e sem embargo mediata da relação ou situação — poderia ele seguir via diferente, construindo imediatamente todo um sistema positivo de normas de direito substancial, de acordo com a técnica comum e corrente na regulamentação dos conflitos de interesses e situações reais da vida: essa teria sido, segundo alguns, a solução adotada no direito romano, com a criação do *ius gentium* e a codificação de Salvio Juliano, em 130 d.C., referente ao edito perpétuo, principalmente o peregrino e o provincial, feita por ordem do imperador Adriano.

Como se vê, pois, a natureza dogmático-jurídica da regra de Direito Internacional Privado é especialíssima. Nela fundem-se um aspec-

to colisional , — como re exo, por um lado, do concurso formal de normas substanciais instaurado no momento valorativo pr vio e, por outro lado, como decorr ncia do eventual concurso, no momento imperativo, de normas substanciais, chamado con ito de quali ca es —, e um aspecto substancial, visto que o objeto direto da regra a rela o, n o sendo as normas em concurso sen o objeto indireto.

## 2. Direito internacional privado e política jurídica

O momento, pois, especi camente colisional da regra de Direito Internacional Privado o da sua formula o pol tico-jur dica, segundo um crit rio valorativo, face a uma rela o de fato (com a caracter stica especial de internacionalidade ) e tendo em vista a necessidade de sua quali ca o jur dica.

As regras de Direito Internacional Privado, no seu momento valorativo, formulam-se ante um concurso intersistem tico de normas substanciais. Tal o momento colisional espec co do Direito Internacional Privado, objeto da Pol tica do Direito, cujos pressupostos se fundam na Deontologia Jur dica. Detenhamo-nos, agora, nesse momento colisional espec co.

A din mica de toda regra jur dica, a rigor, resulta da bipolaridade estimativa dos valores que a informam nesse pr vio momento pol tico-jur dico. O fato a ser quali cado, assim, assume dimens o valorativa, um car ter que resulta de sua referibilidade ao valor do justo, e as op es (normativas) que se p em em concurso para o esp rito do legislador t m como pontos dessa referibilidade: a) o fato; b) a id ia do justo (ou, na sua concre o hist rico-cultural, do til ou do conveniente). Assim, por exemplo: a) a forma de um neg cio jur dico; b) com refer ncia ao valor do justo (e suas concre es sociais), — regula-a normativamente o legislador positivando uma das normas de conduta concorrentes que se lhe apresentem op o (escritura p blica obrigat ria, ou facultativa; ou escrito particular; ou declara o perante rg o do foro extrajudicial etc.). Pois bem, para o legislador de Direito Internacional Privado, nesse momento valorativo, a referibilidade do fato ao valor do justo (circunscrevendo-se o fato, para usar de exemplo tanto quanto poss vel semelhante, forma do neg cio jur dico, quando uma das partes n o nacional, ou n o no foro domiciliada, ou n o foi o ato celebrado em territ rio nacional ou nele n o produzir seus efeitos etc.) coloca v rias op es que, sem embargo, pos-

to que tamb m normativas s o diversas das do primeiro exemplo, porque n o entendem com o conte do poss vel das normas com anseio de positiva o (se a escritura deva ser p blica ou particular etc.), mas, pelo contr rio, com a norma concorrente, aplic vel segundo a escolha de um dos elementos de conex o (a lei do domic lio dos contratantes ou a da sua nacionalidade, ou a da subst ncia do ato, ou do lugar da celebra o etc.).

Para bem ilustrar essa desloca o vetorial da referibilidade neces-s ria de fato e valor, quando no momento pol tico-jur dico de formu1a o da regra substancial, de um lado, e, de outro lado, da regra de Direito Internacional Privado, dir amos que o primeiro legislador formula o seguinte ju zo: —a forma de um contrato de compra e venda de im vel de valor superior a dez mil d lares mais justo (ou til, ou conveniente) que seja a da escritura p blica (e n o a da escrita particular, ou a epistolar etc.) . Quanto ao legislador de Direito Internacional Privado, outra seria a formula o de seu ju zo: —a forma de um contrato de compra e venda de um im vel de valor superior a dez mil d lares, tendo em vista que os contraentes s o nacionais da Fran a e domiciliados na Venezuela e que o contrato foi lavrado na Espanha, — mais justo (ou, concretamente, mais til ou mais conveniente) que seja aquela prescrita no direito substancial do lugar onde foi celebrado o ato (e n o aquela prescrita no direito substancial da nacionalidade ou do domic lio dos contraentes, nem aquela prescrita no direito substancial que reger o conte do do ato etc.) .

## 3. Direito internacional privado e sociologia histórico-jurídica

Do que cou dito quanto aos fundamentos dogm tico-jur dicos e quanto aos pressupostos pol tico-jur dicos do Direito Internacional Privado, depreende-se pertencer esse ramo da Ci ncia Jur dica categoria do *ius supra iura* ou Sobredireito, visto que seu objeto alcan ado, preponderantemente, com o recurso t cnica de aplica o de normas jur dicas substanciais concorrentes.

Conv m, agora, que se analisem os pressupostos do Direito Internacional Privado luz da Sociologia Hist rico-Jur dica.

Como foi visto, a regra de Direito Internacional Privado cont m, na sua estrutura, eventual remiss o ao direito substancial privado estrangeiro. Isso implica na indaga o dos fundamentos da extraterritorialidade da lei, assim reconhecida pelo legislador interno. Tal problema esteve sempre presente s cogita es dos estudiosos, desde as origens do Direito

Internacional Privado, na fase ainda anterior  sua positiva o legislativa. J entre os estatut rios, na escola holandesa (s c. XVII), estabeleceu-se como fundamento da excepcional extraterritorialidade das leis a *comitas gentium* . Na segunda escola francesa, fase de transi o que, no s culo XVIII, se seguiu quela fase cr tica e preparou o advento do Direito Internacional Privado jurisprudencial e doutrin rio (ou cient co), Froland desloca tal fundamento da id ia de mera cortesia internacional, para faz -lo repousar na id ia de justi a. Entre os grandes sistemas doutrin rios do s c. XIX, a escola anglo-norteamericana divide-se, quanto  fundamenta o da e c - cia do Direito Internacional Privado, entre a id ia dos *vested rights* ou direitos adquiridos (Dicey e Beale) e a da *comitas gentium* (Story). O monumental Savigny funda a extraterritorialidade na natureza da rela o concreta, em conex o com os princ pios derivados de uma *Völkerrechtliche Gemeinshaft* , estabelecida no mundo ocidental pela tradi o comum do direito romano e do cristianismo. Mancini, por seu turno, funda-a na preponder ncia (sociol gico-pol tica) do v nculo da nacionalidade.

Contemporaneamente, costuma-se falar num princ pio geral de Direito Internacional P blico, como fundamento da extraterritorialidade do Direito Privado.

Disso infere-se que o valor fundamental das regras de Direito Internacional Privado ( *sub specie* deontol gico-pol tica)  a id ia do justo, inspirada no valor da pessoa. N o ser demais, sem embargo, frisar que, se a id ia de justi a  o valor sempre presente  fundamenta o deontol gica de qualquer regra jur dica, tal id ia n o prescinde da refer ncia ao fato e  circunst ncia ou conjuntura, onde ocorre a concre o dos valores no plano socio-hist rico-cultural, para, nesse novo aspecto (agora *sub specie* axiol gico-cultural) do pol drico Direito, fazer ressaltar a utilidade e a certeza como crit rios de validade de sua e c cia.

Se a regra de Direito Internacional Privado  interna e nacional, do ponto de vista hist rico-sociol gico-jur dico, a rela o ou situa o subjacente, sem embargo, apresenta elementos n o-nacionais (nacionalidade ou domic lio de um ou mais sujeitos, situa o da coisa, lugar da celebra o do ato ou da produ o de seus efeitos etc.), que d o _ rela o (e n o _ regra) car ter especi camente internacional.

## III | Temática que suscita controversia

Levantaram-se tr s teorias, pelo menos, em torno do Direito Internacional Privado que suscitaram controv rsia entre os estudiosos. Tentaremos demonstrar como tais teorias tiveram, na sua origem hist rica, um fato comum: o desconhecimento (n o deliberado) ou o desprezo (deliberado) daqueles pressupostos, acima analisados, da Teoria Geral e da Cr tica jus los ca do Direito Internacional Privado. Dessas tr s teorias, duas delas, a do reenvio e a da quest o prejudicial, originaram-se de julgados equivocados de tribunais franceses, e a terceira, a respeito da inexist ncia do valor do justo na regra de Direito Internacional Privado, originou-se do desprezo pela evolu o hist rica desse ramo da Ci ncia Jur dica.

Tentaremos tamb m mostrar como tais teorias, al m de partirem dessa origem nada cient ca, est o eivadas de contradi es internas, raz o por que se tornam inaceit veis (muito embora consagradas por v rias legisla es de Direito Internacional Privado positivo).

### 1. A teoria do reenvio

**a)** *Origem da teoria*

A teoria do reenvio (ou retorno, ou devolu o) nasceu a partir de um c lebre caso, julgado no s c. XIX pelos tribunais franceses, o discutido caso Forgo.

verdade que se conhecem, nos prim rdios da origem jurisprudencial da doutrina de devolu o duas decis es anteriores, uma da Inglaterra (decis o de 3 de agosto de 1841, pela Prerogative Court de Canterbury, no caso Collier vs. Rivaz) e outra da Alemanha (decis o de 21 de mar o de 1861, da Corte Suprema das cidades livres da Confedera o Germ nica, do Oberappelationsgericht de L beck). Mas tais anteriores decis es isoladas n o chegaram a suscitar formula es doutrin rias a respeito, porque na primeira o tema apenas mencionado *incidenter tantum* e na segunda o tema t o-somente anunciado, sem a preocupa o de fundamenta o doutrin ria.

Foi realmente com o caso Forgo que se iniciou a controv rsia te rica. Forgo era lho natural de nacionalidade b vara, tendo morrido na Fran a, onde residira desde a idade de cinco anos, deixando a in meros bens m veis. Na Fran a tinha seu domic lio de fato, porque em vida jamais providenciou a autoriza o governamental ent o exigida pela legisla o

positiva francesa sobre domic lio pessoal. A Administra o dos Dom nios, fundada nos arts. 713 e 768, do C digo Civil, tomou posse dos bens, aparentemente vacantes, em virtude do Tribunal Civil de Pau assim haver decidido, em 16 de outubro de 1871. Posteriormente, contudo, deram-se a conhecer os litisconsortes Dichtl, parentes colaterais da m e natural do morto, os quais pleitearam se lhes reconhecesse a qualidade de herdeiros. Ora, o direito substancial nacional de Forgo, declarando herdeiros os peticion rios, ligados por parentesco natural ao morto, colidia com o direito substancial franc s, que lhes n o reconhecia a qualidade de herdeiros. O Tribunal e a Corte de Pau, —esta ltima em 14 de mar o de 1874— pronunciaram-se pela aplica o da lei francesa, por ser a lei do domic lio do morto, quando ocorrera a morte.

Mas a Corte Suprema cassou tal decis o, em 5 de maio de 1875, —e este o primeiro de uma s rie de tr s ac rd os da Corte Suprema que assumiram relev ncia na mat ria—, sob o fundamento de que o domic lio dos estrangeiros na Fran a n o atribui compet ncia lei francesa para o efeito de reger-lhes a sucess o mobili ria, a n o ser que tal domic lio tenha sido regularizado mediante autoriza o governamental, nos termos do art. 13 do C digo Civil. E a Corte de Bordeus decidiu, em consequ ncia, em 24 de maio de 1876, que, em virtude de ser aplic vel a lei da Baviera, a sucess o deveria contemplar os peticion rios (pois o direito substancial b varo, da nacionalidade do morto, lhes reconhecia a qualidade de herdeiros).

A Administra o dos Dom nios recorreu, alegando (e aqui o Estado franc s colocou pela primeira vez o problema, no curso desse famoso processo) que a regra de Direito Internacional Privado da Baviera (pa s cuja lei substancial deveria reger a sucess o, segundo proclamado pela pr pria decis o anterior da Corte Suprema e da Corte de Bordeus) estatuia que a voca o heredit ria para a sucess o mobili ria se deveria reger pelo direito substancial do pa s onde o morto tivesse sua resid ncia e bens (no caso, pelo direito substancial franc s). Prolatou, ent o, a Corte Suprema, em 24 de junho de 1878, o segundo aresto da s rie de tr s acima referida: deu provimento ao recurso e cassou a decis o da Corte de Bordeus, fazendo-o nos seguintes termos: —Segundo o direito b varo, os m veis, corp reos ou incorp reos, s o regidos pela lei de sua situa o, combinada, em mat ria de sucess o, com a lei do domic lio de fato ou resid ncia do morto; da se segue que a voca o heredit ria para os bens

m veis que Forgo possu a na Fran a, onde se havia xado, deve reger-se pela lei francesa .

Esse resultado foi con rmado e mantido por uma terceira decis o da Corte Suprema, de 22 de fevereiro de 1882, em que se consignou a seguinte fundamenta o: —Segundo a lei b vara, deve-se aplicar, em mat ria de estatuto pessoal, a lei do domic lio ou da resid ncia habitual e, em mat ria de estatuto real, a lei da situa o dos bens m veis ou im veis (...) sem que caiba a indaga o sobre se, segundo a lei b vara, a mat ria das sucess es *ab intestato* dependeria do estatuto pessoal ou do real .

b) *A reação da doutrina*

Da exposi o, acima sumariada, do c lebre caso Forgo, parece ter cado evidente o artif cio de que se valeu o Estado franc s, no seu intuito de incorporar o patrim nio mobili rio do bavaro morto, induzindo em erro a Corte Suprema: a refer ncia feita pela regra de Direito Internacional Privado franc s ao direito (ou lei) b vara deveria ser entendida como refer ncia global ao ordenamento jur dico bavaro (a inclu das as pr prias regras b varas de Direito Internacional Privado). Ora, tal entendimento representava total subvers o dos pressupostos dogm tico-jur dicos, pol tico-jur dicos e sociol gico-hist rico-jur dicos do Direito Internacional Privado e total nega o dos princ pios b sicos de Teoria Geral do Direito que inspiram a estrutura das regras do Direito Internacional Privado.

Por isso, tal solu o foi veementemente criticada por Laurent, Labr , Lain e Bartin, dentre outros, na pr pria Fran a, e, na It lia, por Buzzati e Anzilotti. Seguiu-se-lhes a maioria dos juristas na It lia (Diena, dentre outros), na Alemanha (Kahn), na B lgica (Potu).

Tal violenta e volumosa rea o doutrin ria, sem embargo, n o impediu que um pequeno n mero de escritores, em cada um daqueles pa ses e em outros, se tivesse manifestado favoravelmente ado o do princ pio preconizado pela jurisprud ncia devolucionista e sua incorpora o na doutrina. A respeito da situa o da doutrina de l ngua francesa, Potu fez, em 1913, curiosa estat stica para demonstrar que 37 juristas (que com ele pr prio faziam 38) eram contr rios devolu o, sendo favor veis teoria apenas 15.

Para os que admitem a teoria de devolu o, coloca-se um segundo problema, consistente em dever-se admitir ou n o a remiss o que o Direito Internacional Privado estrangeiro (que se entendeu aplic vel a par-

tir da concep o da regra nacional de con itos como uma remiss o global ou Gesamtverweisung ) possa eventualmente fazer ao direito de um terceiro Estado, que n o o nacional do foro. Com efeito, tr s s o as hip -teses poss veis, para os que aceitam tal teoria, quando a regra de con ito do Estado A remete a solu o da rela o litigiosa legisla o do Estado B (a compreendidas, segundo tal concep o, as pr prias regras da Direito Internacional Privado do Estado B). Primeira hip tese: a regra de con- ito do Estado B devolve a solu o da rela o litigiosa ao Estado A, que lha remetera (devolu o, em sentido estrito, ou R ckverweisung , ou retorno). Segunda hip tese: a regra de con itos do Estado B declara aplic vel rela o litigiosa o direito de um terceiro Estado, C. Essa a hip -tese geralmente denominada reenvio, ou *Weiterverweisung* ou remiss o para um terceiro Estado e, nessa segunda hip tese, o reenvio pode ser inde nido, de um modo a conduzir a um verdadeiro *circulus inextricabilis* : assim, por exemplo, se perante um tribunal franc s se procura determinar a capacidade de um ingl s, domiciliado nos Estados Unidos, que celebrou contrato na B lgica, — o juiz franc s aplicaria a regra inglesa (lei nacional do contratante), esta remeteria a solu o ao direito norte-americano (do domicilio), este a reenviaria lei belga ( *lex loci celebrationis* ) e esta, por seu turno, mandaria aplicar a lei inglesa (lei nacional do interessado), reiniciando-se, interminavelmente, o c rculo. Terceira hip tese: a regra de con- ito do Estado B declara aplic vel seu pr prio direito interno substancial (neste caso, coincide a solu o para os adeptos da devolu o e para os que n o na admitem).

Para evitarem o *circulus inextricabilis* , a que fatalmente ser o conduzidos os partid rios da teoria do reenvio, estes ent o recorrem a um ardiloso expediente, que, todavia, resulta numa contradi o metodo-l gica interna, mais grave ainda do que o desprezo original pelos pressupostos e princ pios da Teoria Geral do Direito Internacional Privado: a r-mam a validade da remiss o global ( *Gesamtverweisungng* ) at determinado ponto, para, a partir desse ponto, fazer com que a regra de con itos fa a uma descida abrupta at o direito substancial de um ordenamento estrangeiro. Que ponto esse? Qual o fundamento cient co dessa quebra do pr prio pressuposto inicial do processo?

Para determinar esse preciso ponto onde ocorrer a contradi o interna da teoria (que deixar de adotar o crit rio da *Gesamtwerweisung* para passar a adotar o crit rio, at ent o menosprezado, da *Sachnormver-*

*weisung* ou refer ncia ao direito material-substancial), os partid rios do reenvio costumam cometer outra grave irregularidade, luz da Teoria Geral do Direito. Eles procuram fundamentar essa contradi o metodo-l gica interna com a seguinte formula o: se a lei (de Direito Internacional Privado) do Estado A remete lei (de Direito Internacional Privado) do Estado B e se esta remete lei do Estado C, e esta lei do Estado C (de Direito Internacional Privado) aceita a compet ncia da sua lei substancial, ent o esta que se aplicar . Ora, tal fundamenta o peca por duas raz es. Em primeiro lugar, tal crit rio, sem nenhum fundamento cient co e eivado, como claramente se v , de grave contradi o interna, n o resolve o c rculo vicioso da hip tese atr s considerada como segunda das tr s poss veis. Em segundo lugar, tal crit rio parte de um falso pressuposto: o de que a regra de Direito Internacional Privado, interna, de cada Estado, tem por fun o uma distribui o internacional de compet ncias legislativas em mat ria de Direito Privado! Tal falso pressuposto deriva das id ias de Zitelmann. Este sustentava que as normas delimitadoras dos sistemas jur dicos co-existentes, como normas supra-estatais de Sobredireito (no plano internacional), se liam ao direito das gentes e este, ao criar a norma jur dica, cria a linha da sua compet ncia, de modo que, na distribui o das compet ncias, a comunidade supra-estatal tra a a superf cie convexa, dentro da qual ca o branco preench vel pelo Estado. Outros, al m das id ias de Zitelman, sustentam diverso racioc nio: a ordem jur dica estatal cria, por suas regras de Sobredireito, forma de elabora o do direito das gentes; assim, delega ou atribui compet ncia, n o j reconhecendo uma esfera de vig ncia pr pria e origin ria lei estrangeira que designa, mas assinalando-lhe um mbito de aplica o no ordenamento interno da *lex fori* , mbito que tra ado em virtude de uma compet ncia sobre compet ncia (para usar a express o preferida do brasileiro Pontes de Miranda). Tais racioc nios s podem ser concebidos pelos que admitem natureza e fun o internacionais do Direito Internacional Privado.

Ora, no estado atual dessa ci ncia jur dica, com o particularismo que caracteriza os sistemas de con ito, o ideal de que as regras colisionais sejam concebidas de maneira que possam compreender, efetivamente, todas as rela es e institui es jur dicas de todos os pa ses, por um lado, e, por outro lado, solu es uniformes para os concursos formais substanciais, —permanece ainda como ideal n o alcan ado. Tais como s o postas, na realidade objetiva, as regras de Direito Internacional Privado s o nacio-

nais e internas, ainda que a rela o ou situa o litigiosa de fato que elas regulamentam apresente, — esta sim —, elementos especiais internacionais ou n o-nacionais .

## 2. A teoria da questão prévia

### a) *Origem da teoria*

As origens dessa teoria, como ocorreu no caso da doutrina do reenvio, anteriormente estudada, remontam a uma decis o da Cassa o francesa, datada de 1931 (caso Ponnoucannamalle), que suscitou enorme rea o doutrin ria, por ter subvertido (como no caso da doutrina do reenvio) os pressupostos da Teoria Geral do Direito Internacional Privado.

Tratava-se da sucess o de um im vel situado na Conchinchina (ent o territ rio franc s). Habilitou-se sucess o um indiano, neto do morto, cujo pai havia sido pelo morto adotado como lho. De acordo com o Direito Internacional Privado do foro (Fran a), o direito substancial regulador de tal sucess o deveria ser o do lugar da situa o do im vel, o direito sucess rio franc s. Ora, segundo o direito sucess rio franc s, ao adotado caberiam os mesmos direitos que teria um lho ou outro descendente leg timo (C digo Civil franc s, art. 356). A quest o prejudicial, ou pr via, ou preliminar, consistia na indaga o sobre a validade de tal ato de ado o. Ora, segundo o Direito Internacional Privado franc s, tal quest o deveria ser resolvida pelo direito substancial indiano (da nacionalidade do adotante e do adotado); segundo o direito substancial indiano, tal ado o era v lida plenamente (porque o direito civil indiano n o exigia, para considerar v lida a ado o, que o adotante n o tivesse lhos leg timos). Logo, tal ado o n o poderia deixar de ser considerada v lida pelo tribunal franc s.

Todavia, o tribunal franc s ponderou que a quest o n o era a de saber sobre a validade ou n o daquela ado o. Se o fosse, o tribunal franc s n o poderia deixar de resolver a rmativamente tal quest o, sob pena de inobserv ncia da pr pria regra de Direito Internacional Privado franc s. Mas tal quest o o tribunal colocou-a previamente, como quest o prejudicial, para a correta aplica o do referido art. 356 do C digo Civil, atinente a quest o sucess ria (quest o principal). Tal quest o principal (sucess ria) suscitava uma quest o pr via ou prejudicial: a da relev ncia daquela ado o estrangeira para efeitos sucess rios, para o efeito de aplica o do referido art. 356 do C digo Civil franc s. Ou seja, valeria aque-

la ado o indiana conto verdadeira ado o em face do texto do art. 356 do C digo Civil franc s?

Ora, continuou seu racioc nio o tribunal franc s, no caso veri ca-va-se que, ao tempo da ado o, o adotante j tinha lhos leg timos, o que tornaria inv lida a ado o se aplicado o art. 344 do C digo Civil franc s (lei aplic vel sucess o, quest o principal). claro que, se a quest o fos-se saber se era v lida ou n o tal ado o, a lei substancial indiana que seria aplic vel, e o tribunal n o poderia deixar de a rmar a validade da ado o. Mas, continuou seu racioc nio o tribunal, pelo que respeita ques-t o de saber se uma rela o adotiva constitu da em tais circunst ncias suscet vel de gerar os direitos sucess rios que o direito franc s, compe-tente para regulara sucess o, atribui rela o adotiva, o problema p e-se noutros termos: tudo est em saber se aquela concreta ado o vale como a ado o referida no art. 356 do C digo Civil franc s. Ora, pon-derou o tribunal franc s, da pr pria l gica interna do direito franc s podia inferir-se que o legislador s quis atribuir efeitos sucess rios s rela es adotivas constitu das num momento em que o adotante n o tivesse lhos leg timos (em cuja constitui o tivesse satisfeito, pois, o requisito exigido pelo referido art. 344 do C digo Civil franc s), uma vez que teria sido preocupa o do legislador franc s defender a posi o sucess ria dos l-hos leg timos contra uma poss vel concorr ncia dos adotados. Com esse fundamento, a *Chambre de Requêtes* indeferiu a pretens o do descenden-te do adotado.

**b)** *A reação da doutrina*

Diante desse caso cl ssico, come ou-se a formular, teoricamente, a justi cativa dessa esdr xula decis o. Mas, para tal formula o te rica, n o se levou em considera o o pr prio m todo investigativo contido na decis o. Por exemplo, o portugu s Ferrer Correa, recentemente falecido, assim de ne o problema da quest o prejudicial: se entre duas quest es jur dicas pende um nexo de prejudicialidade e uma delas, a principal, est sujeita a um direito estrangeiro, surge o problema de saber como conec-tar a quest o prejudicial: se de harmonia com o sistema de con itos do foro, se de acordo com o sistema de con itos da *lex causae* . E Lewald assim se pronunciava: a quest o de saber se se pode substituir a uma rela o de direito interno, considerada pela lei interna como condi o prejudicial de um efeito jur dico determinado, uma rela o an loga de direito estrangeiro .

Tradicionalmente, sempre se sustentou que, nas rela es jur dicas complexas, de natureza absolutamente internacional, se deveria adotar o crit rio metodol gico que os franceses denominavam de decomposi- o . Assim, para o caso de um portugu s que compra em Paris im vel situado na Holanda, a capacidade de contratar do portugu s seria solucionada pelo C digo Civil de seu domic lio, a forma extr nseca do ato seria regida pelo C digo Civil franc s, a transfer ncia da propriedade e seus efeitos seriam regidos pelo C digo Civil holand s. Portanto, sempre se adotou a teoria da conex o aut noma. No entanto, depois da decis o atr s analisada, passou-se a sustentar a teoria da conex o subordinada: a quest o prejudicial perde sua autonomia e passa a reger-se pela norma de con ito (n o pela norma substancial, como decidiu o tribunal franc s) que regeria a quest o principal.

Se remontarmos ao que cou dito com rela o Dogm tica Jur dica, pol tica Jur dica e Sociologia Hist rico-cultural Jur dica e aplica- o de seus princ pios ao Direito Internacional Privado, veri caremos, desde logo, que a teoria da conex o subordinada tem como pressupostos alguns equ vocos graves.

E o curioso que os partid rios dessa teoria costumam contraditoriamente exp -la nos livros, no cap tulo pr prio da mat ria, depois de terem enfatizado, nos cap tulos iniciais, que, em se tratando de rela es jur dicas privadas absolutamente internacionais, a metodologia a ser empregada tecnicamente a da decepage ou decomposi o.

### 3. O problema dos valores ínsitos na regra de direito internacional privado

a) *Termos do problema e método para sua solução*

Outro tema em que freq ente o equ voco de alguns escritores o atinente ao elemento axiol gico-cultural, que, segundo eles, estaria ausente na regra de Direito Internacional Privado, por eles reduzida categoria de mera regra t cnica.

Ora, j mencionamos o momento hist rico do surgimento do Direito Internacional Privado, desde as escolas estatut rias at o momento posterior de sua formula o doutrinaria e, nalmente, o terceiro momento, da elabora o legislativa no s c. XIX. Ali se tentou demonstrar que a preocupa o que sempre esteve presente, desde o embri o daquelas regras, foi a de buscar a id ia de justi a, sen o a da certeza ou utilidade.

Por outro lado, foi tamb m mencionado que o Direito Internacional Privado, em raz o de seu car ter dogm tico-jur dico especial, deve ser entendido como integrante da categoria do *ius supra iura* ou Sobredireito.

N o quer isso dizer, de modo algum, que a regra de Direito Internacional Privado, — aplica o dogm tica do Direito destinada quali ca o de rela es ou situa es que ensejam, pol tico-juridicamente, um concurso formal intersistem tico de normas substanciais privadas—, n o constituiria objeto de departamento cient co-jur dico aut nomo, sen o seria mera t cnica, equivalente Hermen utica e Interpreta o, ou mero resultado de indaga o cr tico-comparativa, como o Direito Comparado.

A T cnica aplica o particular e opcional da ci ncia: a ci ncia normativa momento necess rio e universal que p e em dados casos, em raz o da natureza axiol gica da quest o tratada, cuja compreens o implica no reconhecimento de um dever a ser cumprido , enquanto que a T cnica, ao contr rio, resulta da explica o dos fatos, com op o de agir para alcance de um determinado m particular (Miguel Reale, Filoso a do Direito , v. I, t. I, p g. 244).

Quanto autonomia cient ca dos departamentos do Sobredireito, em face da Hermen utica e as t cnicas de Interpreta o, conv m lembrar-se que a Teoria Geral do Direito ou Aplica o do Direito (em que se traduz dogmaticamente o chamado Sobredireito) equivale realiza o do Direito, servindo-se eventualmente das t cnicas da Hermen utica, da interpreta o e da adapta o s esp cies. Em suma, a Aplica o do Direito, que consiste na subsun o de uma rela o ou situa o de fato norma t pica adequada, compreende: a) a Cr tica; b) a Interpreta o; c) o suprimento das lacunas; d) o exame das quest es poss veis sobre ab-roga o ou simples derroga o de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposi es expressas relativamente ao espa o e ao tempo. N o se confunde com a Hermen utica: esta tem um s objeto (a lei); aquela, dois (o Direito, no sentido objetivo, e o fato).

**b)** *Solução*

V -se, assim, que a regra de Direito Internacional Privado, como toda norma integrante de um ordenamento jur dico, s ntese integrativa de fato, valor e norma, n o fugindo, portanto, tridimensionalidade espec ca da Ci ncia do Direito. Quanto ao valor do justo, pode ele realizar-se *per se* ou pode ser instrumentalizado pela realiza o do til, ou da certeza.

## IV | Conclusoes

Os tr s temas analisados (reenvio, quest o pr via e pretensa natureza meramente t cnica das normas de Direito Internacional Privado) s o exemplos de como pode, s vezes, surgir uma constru o te rica com apar ncia de doutrina, mas que, se submetida a estudo luz cr tica dos pressupostos da Teoria Geral do Direito, se mostra claramente equivocada.

¸ Teoria Geral do Direito (e tamb m Filoso a do Direito) incumbe, como objeto espec co de conhecimento, a cr tica dos pressupostos cient cos de cada ramo do Direito.

**Bibliografía:**


¥ Arminjon, Pierre. *Précis de droit international prive*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1927-1931.

¥ Lewald, Hans. R gles g n rales des con its de lois. In: *Récueil des Cours*. 1939. III.

¥ Pontes de Miranda. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Jos Olympio, 1935.

¥ Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. S o Paulo: Saraiva, 1953.

## Derecho Internacional Privado

# Aplicación práctica de los principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de Derecho

Tatiana B. Maekelt

### Introducción

Conoc  a Carlos Febres Pobeda hace muchos a os, en aquella buc lica ciudad de los Caballeros que era M rida en mi juventud. Siempre ha sido un entusiasta profesor de el Derecho Internacional Privado, investigador, enamorado de su ciudad natal. Creo que mi afecto por M rida parte de aquellos encuentros en los cuales el paisaje de las monta as siempre estuvo presente.

A pesar de la distancia f sica, nunca perdimos el contacto que se intensificaba con sus estad as en Caracas, especialmente cuando fue Ministro del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables durante la presidencia de Luis Herrera, o cuando las amables invitaciones de mis amigos me trasladaban a M rida, d nde siempre hubo tiempo y lugar para cordial simos encuentros. Nos un a no s lo Derecho Internacional Privado, materia a la cual dedicamos toda nuestra vida acad mica, sino otros t picos, tales como las preocupaciones pol ticas, el futuro de Venezuela y de nuestra estudiosa juventud.

Nada m s justo que este Libro Homenaje que prepara un grupo de ex alumnos, colegas y amigos al profesor Febres Pobeda, ya que su trayectoria acad mica, la dedicaci n a la ense anza, el empe o de difundir y divulgar el Derecho Internacional Privado y otras materias conexas, constituyen un incomparable credencial de m rito para el homenaje que se hace al maestro de los m s elevados dotes morales y profesionales.

He dedicado mi contribuci n a una materia novedosa como respuesta a las constantes inquietudes de Febres Pobeda y para reiterar que Venezuela no queda atr s en las materias jur dicas, tales como la aplicaci n del *soft law* en la contrataci n internacional. El revivir de la *lex mercatoria* en nuevos t rminos, como lo son los Principios elaborados por UNIDROIT, no tener temor de abandonar con su aplicaci n la estricta concepci n positivista del Derecho, facilitar con ello el comercio internacional, analizar las regulaciones venezolanas que permiten estas soluciones, es el objetivo de este trabajo. Ojal , aunque en parte, sea cumplido.

## 1 | Antecedentes históricos

El Instituto Internacional para la Unificaci n del Derecho Privado (UNIDROIT) es creado en 1926 como rgano auxiliar de la Liga de Naciones; reaparece en 1940 despu s de la guerra, como organismo multilateral. Cuenta con representantes de los cinco continentes, caracter stica que enviste a este organismo de pluralidad legal, pol tica, econ mica y cultural. Su objetivo principal es preparar normas uniformes, modernas y arm nicas de Derecho Privado.

Con motivo de la celebraci n del 40 aniversario de UNIDROIT tuvo lugar un congreso, en el cual, el entonces Secretario General de la organizaci n propuso preparar una suerte de *Restatement* que contuviera principios generales en materia de contratos internacionales. Posteriormente, en 1971, se decide incluir esta propuesta en el Programa de Trabajo del instituto, y una peque a pero importante comisi n, integrada por Ren David, Clive M. Schmitthoff y Tudor Popescu, representantes del Common Law, del Civil Law y de los sistemas socialistas, se encarga de la tarea de realizar las investigaciones preliminares para determinar la viabilidad del proyecto.

Casi una d cada despu s, en 1980, se organizaron grupos de trabajo, con el objetivo de adelantar borradores del *Restatement*. Estos grupos estaban conformados por expertos en Derecho Comparado y Comercial internacional de las distintas familias jur dicas. En 1994 cristaliz el fruto de muchos a os de trabajo; su xito ha sido tal que, diez a os despu s de la formulaci n y publicaci n de los Principios de UNIDROIT, aparece su segunda edici n (2004), revisada, ajustada a la experiencia pr cti-

ca y complementada con nuevas disposiciones[1]. Entre sus novedades se encuentra la posibilidad de aplicar los principios a los denominados contratos sin ley y de utilizarlos para interpretar las leyes dom sticas (pre mbulo); la aparici n de un art culo que regula de modo independiente a la buena fe el *venire contra factum proprium* o comportamiento inconsistente (Art. 18); la regulaci n de la liberaci n por acuerdo (Art. 5.19); y las disposiciones en relaci n a la autoridad de los agentes (secci n 2.2.).

La elaboraci n de los Principios de UNIDROIT ha coincidido con el auge de la discusi n doctrinaria sobre la existencia y el reconocimiento de la *lex mercatoria*. Los mercatoristas han celebrado la aparici n de esta aparentemente novedosa forma de regulaci n de las relaciones comerciales, especialmente de los contratos internacionales, coloc ndola en el coraz n de la llamada nueva *lex mercatoria*[2].

Las severas cr ticas que se han hecho a la ley de los comerciantes, tales como no reunir las condiciones para poder ser considerada como un derecho, no tener fuerza vinculante por no provenir de autoridad estatal alguna y, por ende, carecer de soporte nacional o internacional, no observar una metodolog a propia de un instrumento jur dico, no tener la autonom a necesaria, ser incoherente, incompleta y vaga, es decir, simplemente flotar en el limbo, han golpeado el desarrollo de esta vieja y nueva forma de regular las relaciones entre los comerciantes. No obstante, la *Lex Mercatoria* no ha desaparecido de las relaciones comerciales, debido a sus positivas caracter sticas se aladas por Ole Lando y Friedrich Juenger: ...la fuerza vinculante de la *lex mercatoria* no depende del hecho de ser promulgada por una autoridad estatal, sino porque est reconocida por la comunidad de comerciantes y por la autoridad estatal [3]. Los

---

[1] Michael Joachim Bonell, *UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law.* http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/2004-1-bonell.pdf. Tambi n en *Uniform Law Review* 2004, pp. 5-40. El nuevo texto se encuentra en las p ginas 124 y ss. de la misma Revista. Tambi n en UNIDROIT International Institute for the Uni cation of Private Law: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome 2004, pp. 337-367.

[2] Gesa Baron, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria*? Pace essay, Pace ed., June 1998, pp. 1-17, especialmente, pp. 6-17.

[3] Ole Lando, *The lex mercatoria and International Commercial Arbitration*, 34 ICLQ (1985), pp.

Principios de UNIDROIT responden a estas caracter sticas positivas. En efecto, los Principios no se han elaborado como proyecto de una convenci n o de una ley modelo, sino como un instrumento novedoso, adaptado a los requerimientos del comercio internacional y cuya fuerza obligatoria depende de su poder intr nseco, de su evidente necesidad pr ctica y de la autoridad de UNIDROIT.

Los Principios de UNIDROIT se han convertido en un instrumento de frecuente aplicaci n y la jurisprudencia recopilada es testigo de su popularidad[4]. Y no es de extra ar, ya que re nen las caracter sticas de un *restatement* en el sistema anglosaj n (Restatements of Contracts de los EE. UU.) o, inclusive, del Uniform Commercial Code (UCC). Es decir, no tienen fuerza obligatoria, representan la gran mayor a de los sistemas jur dicos, lo cual hace m s f cil su aplicaci n, son flexibles y adaptables. Existen similitudes en los fines de estos instrumentos que consisten en sistematizar los principios propios de cada mbito, y todos tienen un gran peso en la jurisprudencia.

Los Principios est n inspirados en los textos internacionales uniformes que reflejan los usos y pr cticas propios del comercio internacional, as como en las m s representativas leyes nacionales y, especialmente, los principios que gobiernan las obligaciones convencionales en el mundo, sobre la base de la imparcialidad, la adecuaci n a las transacciones inter-

747-752; Friedrich Juenger, The *Lex Mercatoria* and the Con ict of Laws. En T. Carbonneau (editor): *Lex Mercatoria and Arbitration*, 1990, p. 213.

[4] Los Principios son aplicados tanto por tribunales estatales como por tribunales arbitrales. Como ejemplo de estos ltimos, podemos citar algunos laudos de ICC International Court Arbitration: N¡ 8.128 de 1995; N¡ 8.240 del 07/1995; N¡ 7.110 de 06/1995; N¡ 7.375 del 05/06/1996; N¡ 5.835 del 06/1996; N¡ 8.261 del 27/09/1996; N¡ 8.540 del 04/09/1996; N¡ 8.331 del 12/1996; N¡ 8.502 del 11/1996; N¡ 8.264 del 04/1997; N¡ 8.874 del 12/1996; N¡ 8.769 del 12/1996; N¡ 7.365/FMS del 05/05/1997; N¡ 8.873 del 07/1997; N¡ 9.029 del 03/1998; N¡ 8 del 12/1997; N¡ 8.223 del 04/1998; N¡ 9.117 del 03/1998; N¡ 9.593 del 12/1998; N¡ 9333 del 10/1998; N¡ 9.419 del 09/1998; N¡ 9.479 del 02/1999; N¡ 8.547 del 01/1999; N¡ 9.594 del 03/1999; N¡ 9.474 del 02/1999; N¡ 7.819 del 09/1999; N¡ 9.753 del 05/1999; N¡ 10.117 del 03/2000; N¡ 10.021 del 2000; N¡ 9.875 del 03/2000; N¡ 9.797 del 28/07/2000; N¡ 9.651 del 08/2000; N¡ 10.022 del 10/2000; N¡ 10.335 del 10/2000; N¡ 10.346 del 12/2000; N¡ 10.422 del 2001. Ver textos en www.unidroit.org

nacionales y la buena fe[5]. El car cter flexible de estas reglas permite que se adapten f cilmente a cualquier situaci n pr ctica del siempre cambiante comercio internacional. Como dijo acertadamente uno de los verdaderos conocedores de la materia en Venezuela, Gonzalo Parra Aranguren, los Principios abandonan el campo acad mico para convertirse en el factor decisivo para la soluci n de las controversias derivadas del comercio internacional.[6]

Trat ndose del verdadero *ius comune,* los Principios de UNIDROIT deber an ser el Derecho Aplicable a los contratos mercantiles internacionales, a pesar de las cr ticas de algunos positivistas que no entienden, aun hoy, la fuerza vinculante de unas normas, basadas en la necesidad pr ctica, en la conveniencia, en la facilidad de su aplicaci n, en la uniformidad de las soluciones y en que, sin duda alguna, estos principios constituyen la columna vertebral del desarrollo del nuevo comercio internacional.[7]

## II | Naturaleza jurídica ¿Es una nueva forma de Lex Mercatoria?

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jur dica de los Principios de UNIDROIT. Unos les otorgan el car cter conflictual que permite determinar el Derecho Aplicable al contrato. Otros los identifican con la *lex mercatoria*, con sus defectos y sus virtudes, y finalmente otros insisten en su car cter sustantivo, afirmando que los Principios deben interpretarse como un sistema jur dico elaborado y completo que podr a ser considerado como Derecho Aplicable al contrato. Opino que esta ltima

---

[5] Jorge Oviedo Alb n, *La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales*. http//www.oviedoalban3.htm

[6] Gonzalo Parra Aranguren, Aspectos de Derecho Internacional Privado de los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales Elaborados por el UNIDROIT. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* N…91, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, pp. 169-180, especialmente, p. 180.

[7] Gonzalo Parra Aranguren, La importancia del Instituto Internacional para la Uni caci n del Derecho privado (UNIDROIT) en la futura uniformidad jur dica del hemisferio americano. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 86, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, pp. 34-73, especialmente, pp. 60-62.

interpretaci n, es la m s adecuada, y adem s es la consagrada en el sistema venezolano.[8]

## III | Ámbito de aplicación

El  mbito de aplicaci n de los Principios est  establecido en su Pre mbulo. Se aplican a los contratos internacionales de car cter mercantil.[9] La internacionalidad del contrato debe interpretarse en forma amplia respondiendo no s lo a criterios jur dicos, sino tambi n a criterios econ micos y financieros.[10] En relaci n con el car cter mercantil, la interpretaci n es m s amplia a n, excluy ndose  nicamente los contratos de consumo; soluci n esta discutida por la doctrina.[11]

Otro  mbito de aplicaci n de los Principios de UNIDROIT se hace evidente cuando la controversia est  sometida a un arbitraje. Esta sumisi n trae consigo cierta libertad de los  rbitros de no aplicar una ley nacional, aun la escogida por las partes. Las m s recientes tendencias permiten separarse de los ordenamientos jur dicos nacionales para decidir en su caso, *ex aequo et bono*, sin tomar en cuenta los mandatos de ninguna ley nacional. As  lo demuestran, a t tulo de ejemplo, el p rrafo primero del art culo 28 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en 1985 por la CNUDMI-UNCITRAL, o el primer p rrafo del art culo 42 del Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.[12]

---

[8] Juergen Samtleben, El Enigma del Art culo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado. En *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998*, Addendum 2001, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 355-371, especialmente, pp. 361-371

[9] Fabiola Romero, El Derecho Aplicable al Contrato internacional. En *Liber Amicorum a Tatiana B. de Maekelt*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 296-297.

[10] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Pol tico Administrativa, No. 605, caso Embotelladora Caracas, C. A. y otras vs. Pepsi-Cola Panamericana S. A., del 09 de octubre de 1997. Ver texto en: *Revista Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N¡ 109, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, pp. 150 y ss.

[11] Jorge Oviedo Alb n, La Uni caci n del Derecho Privado... op. cit. Ver tambi n el art culo 1 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (Nueva York, 1985).

[12] Art culo 28 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, UNCITRAL:

## IV | Funciones

Los Principios de UNIDROIT cumplen cinco funciones espec ficas: funci n normativa, funci n complementaria, funci n interpretativa, funci n sustitutiva, y funci n de reemplazo.[13]

La funci n normativa es consecuencia de la elecci n por las partes de los Principios de UNIDROIT para regir un contrato internacional.[14] En este caso se podr n aplicar con la exclusi n de cualquier Derecho Estatal, siempre y cuando no se intente derogar normas imperativas de los ordenamientos jur dicos involucrados. No considero v lida la tesis de la necesidad de relacionar un contrato con un Derecho Nacional, bajo la afir-

---

1) El tribunal arbitral decidir  el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entender  que toda indicaci n del derecho u ordenamiento jur dico de un Estado determinado se re ere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de con icto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley el derecho aplicable, el tribunal arbitral aplicar  la ley que determinen las normas de con icto de leyes que estimen aplicables.

3) El tribunal arbitral decidir  *ex aequo et bono* o como amigables componedores s lo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo as .

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidir  con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendr  en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Art culo 42 del Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados:

(1) El Tribunal decidir  la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicar  la legislaci n del Estado que sea parte de la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podr  eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este art culos no impedir n al Tribunal, si las partes as  lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.

[13] Jos  Luis Siqueiros, Los Principios de UNIDROIT y la Convenci n Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/14.pdf

[14] Jaime Mart nez Est vez, Anotaciones sobre los Principios de UNIDROIT. En *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 51, Universidad C tolica Andr s Bello, Caracas, 1997, pp. 199-261, especialmente, p. 204.

maci n de que, de no ser as , estar amos frente a un contrato sin ley. En el comentario del Pre mbulo se recomienda combinar la aplicaci n directa de los Principios con el arbitraje comercial internacional, ya que los rbitros no est n relacionados con un ordenamiento jur dico nacional y no est n obligados a aplicarlo. La necesaria flexibilidad del arbitraje y la ausencia del foro judicial son grandes aliados de los Principios.[15]

La funci n sustitutiva se hace evidente cuando la partes no han indicado el Derecho Aplicable —internacional, nacional o *lex mercatoria*– o cuando tal elecci n ha resultado ineficaz. Ante la ausencia de toda indicaci n, el contrato puede ser gobernado por los Principios de UNIDROIT que reflejan reglas generales de derecho aplicables a los contratos internacionales.[16]

En casos de insuficiencia de normativa aplicable al contrato, los Principios llenar n las lagunas, desempe ando un rol complementario. Esta funci n podr a asimilarse a la funci n sustitutiva, con la diferencia de que el supuesto para la sustituci n es la ausencia total de indicaci n del Derecho Aplicable y el supuesto para que los principios desempe en un rol complementario es la existencia de una normativa insuficiente. No cabe duda que en este ltimo supuesto deber acudirse a los Principios, ya que su aplicaci n permitir lograr la id nea soluci n del caso en el marco de la hermen utica jur dica.

La cuarta funci n caracter stica de los Principios UNIDROIT, la interpretativa, ha sido ampliamente aceptada por la doctrina[17] y la jurisprudencia.[18] Consiste en interpretar los instrumentos internacionales y el Derecho Estatal a la luz de los Principios. Incluso los autores contrarios a la aplicaci n de los Principios de UNIDROIT admiten que ...may be applied as suggestive or persuasive guiding principles only in situations where the

---

[15] UNIDROIT, *Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales.* Roma, 2001, p. 3.
UNIDROIT Principles 2004. En *Uniform Law Review*... op. cit.
Michael Joachim Bonell: UNIDROIT Principles 2004... op. cit., / 2 (a).

[16] Olga Dos Santos, *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano,* Vadell hermanos, editores, UCV, Caracas, 2000, pp. 100-117.

[17] Jorge Oviedo Alb n, La Uni caci n del Derecho Privado... op. cit.
Mar a del Pilar Perales Viscasillas, *El Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Los Principios de UNIDROIT*. En: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html

[18] Ver, por ejemplo, Laudo CCI No. 5.835 de 06/1996.

domestic Venezuelan law and the terms of the contracts are silent as to the parties rights and obligations .[19]

Efectivamente, no debe haber duda alguna acerca del rol interpretativo de los Principios, sobre todo, en vista del tiempo transcurrido desde la promulgaci n de normas internas. Seg n el tratadista italiano, Emilio Betti, la interpretaci n debe actualizar la norma vigente, ubicarla en el contexto presente, es decir ser evolutiva . Cu l mejor instrumento que los Principios de UNIDROIT para actualizar las disposiciones del Derecho Interno, aplicables al caso?[20]

La quinta funci n es la m s discutida Podr reemplazarse con los Principios UNIDROIT el Derecho Nacional indicado por las partes?[21] Esto no parece conveniente, ya que podr a afectar la autonom a de las partes y, en consecuencia, la previsibilidad y la certeza jur dica.

## V | Aplicación de los principios de unidroit en el sistema venezolano

La prelaci n de fuentes para los casos con elementos for neos est establecida en la Ley de Derecho Internacional Privado y en la Ley de Arbitraje Comercial (Art. 1 en ambos instrumentos).[22] La Ley de Derecho Internacional Privado es muy amplia al especificar las fuentes aplicables a estos casos. En primer lugar, incluye normas de Derecho Internacio-

[19] Ver el Memorial de la Demanda en el caso Snamprogetti SpA vs. Fertilizantes Nitrogenados de Venezuela, CEC, Fase I, p. 197.

[20] Emilio Betti, Teoria Generale della Interpretazione, Dott. A Giuffre editore, Milano, 1955, pp. 833-837.

[21] En este sentido, ver el agregado del par grafo 6 del Pre mbulo de los Principios, versi n 2004. Ver Michael Joachim Bonell: UNIDROIT Principles 2004... op. cit.

Ver, tambi n, entre otros los laudos arbitrales de la ICC International Court of Arbitration No. 7.110 de junio 1995, 7.365 de 05/05/1997, 10.021 y 10.335 del a o 2.000, y 10.422 del a o 2001 www.unidroit.org

Eugenio Hern ndez-Bret n, Las Obligaciones Convencionales en la Ley de Derecho Internacional Privado. En: Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998, V.II, *Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Tribunal Supremo de Justicia, colecci n Libros Homenaje No.1, Caracas, Venezuela, 2001, pp. 325-341, especialmente, pp. 333-334.

[22] Tatiana B. de Maekelt, Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Venezolano. En *Semina-*

nal P blico, en particular, las establecidas en los tratados. La primac a de la fuente convencional es tradicional en Venezuela y en el Derecho Comparado. En segundo lugar, se se alan las leyes internas y, a falta de ellas, se utilizar  la analog a y, finalmente, los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. Tambi n tradicional es esta remisi n a los principios generalmente aceptados que demuestra la tendencia hacia la aplicaci n de *soft law* con miras a evitar la denegaci n de justicia.[23]

En materia de contratos internacionales es obvia la primac a de las disposiciones se aladas por las partes que constituyen ley entre ellas.

Los tratados vigentes en Venezuela en el  mbito de la contrataci n internacional son los siguientes: C digo Bustamante (La Habana, 1928 y ratificado por Venezuela en 1932); y Convenci n Interamericana sobre Derecho Aplicable al Contrato Internacional (M xico, 1994, ratificada por Venezuela en 1995). En lo que a las fuentes internas se refiere, deben mencionarse la Constituci n (1999), el C digo Civil (1942) (ya que la reforma de 1982 s lo ata e a la situaci n de la mujer casada, de ni os y adolescentes y de algunos otros aspectos que no tienen relaci n alguna con la contrataci n internacional); C digo de Comercio (1955) que ten a un solo art culo referente a la contrataci n internacional (Art. 116, derogado por la Ley de Derecho Internacional Privado); y Ley de Derecho Internacional Privado (1998). De los instrumentos se alados ameritan comentario s lo el C digo Civil, la Ley de Derecho Internacional Privado y la Convenci n de M xico. Esta  ltima ha sido ratificada por M xico y Venezuela, por lo cual tiene vigencia  nicamente entres estos dos pa ses. Sin embargo, su indudable influencia en la Ley de Derecho Internacional Privado nos conduce a su an lisis.[24]

La Convenci n Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales fue aprobada en 1994, en el marco de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, conocida como CIDIP V. Las discusiones previas a esta aprobaci n se

---

*rio sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Pol ticas y Sociales, Serie Eventos No.13, Caracas, 1999, pp. 278-285.

[23] Tatiana B. de Maekelt, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres Años de su Vigencia*, Academia de Ciencias Pol ticas y Sociales, Caracas, 2002, pp. 58-63.

[24] Jos  Alfredo Giral Pimentel, *El Contrato Internacional*, Editorial Jur dica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 223-237.

extendieron durante un largo per odo, ya que abarcaron los preparativos de la CIDIP IV, en la cual fue discutido, pero no aprobado el proyecto, y de la CIDIP V, incluyendo largas discusiones durante la misma Conferencia.

La Convenci n incluye varios art culos aplicables a la contrataci n internacional que han sido motivo de discusiones en las sesiones de la CIDIP. En primer lugar, consagra la plena autonom a de las partes, en lo que al Derecho Aplicable al contrato internacional se refiere (art. 7), lo cual ha sido receptado por la Ley de Derecho Internacional Privado, en su art culo 29. El art culo 9 de la Convenci n que corresponde al art culo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado, introduce la posibilidad de aplicar, a falta de la elecci n del derecho o si la elecci n es ineficaz, un derecho no estatal, nacional,[25] como es la *lex mercatoria* y los Principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.[26] A pesar de las discusiones entre los juristas y no s lo del continente americano, estoy convencida que los art culos 10 y 3 de la Convenci n reafirman esta posibilidad. Este ltimo art culo tiene un car c-ter futurista y prev la aplicaci n de la Convenci n a las nuevas modalidades de contrataci n utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.[27]

Se pueden esgrimir varios argumentos a favor de la aplicaci n de la Ley de Derecho Internacional Privado, en vez de las disposiciones del C digo Civil: la ausencia de normas especiales destinadas a la regulaci n de los contratos internacionales, reflejo del desarrollo actual en materia de contratos; la aplicaci n de las disposiciones generales del C digo Civil en materia de contratos, muchas de las cuales fueron tomadas del C digo Napole n y del C digo italiano de 1865, y pueden resultar totalmente ina-

---

[25] Fiedrich K. J enger, *The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law*. http://www.bibliojuridica.org./libros/1/138/15.pdf.

[26] Gonzalo Parra Aranguren, La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V, M xico, 1994). En *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Vol. II, Facultad de Ciencias Jur dicas y Pol ticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, pp. 365-437, especialmente, pp. 408-410.

[27] Eugenio Hern ndez-Bret n, Las Obligaciones Convencionales en la Ley de Derecho Internacional Privado. En Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998, V.II, *Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Tribunal Supremo de Justicia, colecci n Libros Homenaje No.1, Caracas, Venezuela, 2001, pp. 325-341, especialmente, pp. 332-333.

decuadas para reglamentar las particulares relaciones jur dicas, producto del Derecho Comercial Internacional. Sin embargo, el extraordinario desarrollo de esta materia exige cada vez m s su regulaci n espec fica. Esto se refleja en la general aceptaci n de la *lex mercatoria* y especialmente en la aparici n de los Principios Generales elaborados por UNIDROIT que recogen todos los elementos propios de la regulaci n de los contratos internacionales.[28] Ambas fuentes aparecen tanto en la Ley de Derecho Internacional Privado como en la Convenci n de M xico.

Al hacer referencia a la Ley de Derecho Internacional Privado podr a surgir una confusi n. La aplicaci n del art culo primero de la Ley no significa en ning n momento la sumisi n del contrato a las normas de conflicto, sino simplemente la sumisi n a una regulaci n propia de los supuestos con elementos extranjeros. Tal afirmaci n obliga a recordar que la Ley de Derecho Internacional Privado, siguiendo las m s modernas tendencias de esta disciplina, consagra una pluralidad metodol gica que implica la consideraci n, no s lo de normas de conflicto, sino tambi n de normas materiales destinadas a resolver directamente casos con elementos de extranjer a. Por ello, a falta de tratados sobre la materia, podr n aplicarse las disposiciones correspondientes de esta Ley, sin perjuicio de algunas disposiciones especiales de otras leyes internas.

En la pr ctica, si las partes en un contrato internacional lo someten los Principios de UNIDROIT, su aplicaci n no reviste problema alguno.

Si un contrato internacional carece de la determinaci n del Derecho Aplicable, los Principios de UNIDROIT tendr n tambi n plena cabida, desempe ando la funci n normativa.

Si el contrato incluye una cl usula con la determinaci n del Derecho Interno Aplicable, el tribunal podr aplicar los Principios para complementar este Derecho Interno, para interpretarlo o hasta para sustituirlo, cuando sus disposiciones resultar n evidentemente superadas e inadecuadas. Esta ltima funci n es motivo de discusiones doctrinales, debido al temor de afectar la autonom a de las partes y la seguridad jur dica.

Finalmente, deber a formularse la pregunta si una sentencia o un laudo arbitral basados en estos principios podr n ejecutarse en Venezuela.

[28] Hernany Veytia, Regulation of international commercial contracts in M xico. In: A New Approach to International Commercial Contracts International Academy of Comparative Law, *XVth International Congress of Comparative Law*, edited by Michael Joachim Bonell, Kluwer Law International, 1999, pp. 193-3000, especialmente, pp. 196-197.

Esta interrogante deber a tener una respuesta positiva, es decir, la ejecuci n de estas sentencias o laudos no deber a causar problema alguno. Hoy d a es un nimemente aceptado que el juez de reconocimiento no tiene ning n poder para controlar la sentencia o el laudo en cuanto al Derecho Aplicable, lo cual se traduce, en definitiva, en una revisi n del fondo, no permitida por ninguno de los instrumentos internacionales e internos que regulan la materia.

En los arbitrajes, la situaci n resulta m s determinante a n, ya que la Ley de Arbitraje Comercial consagra, en su art culo 48, que el laudo ...ser ejecutado forzosamente... sin requerir exequ tur, seg n las normas que establece el C digo de Procedimiento Civil para la ejecuci n forzosa de las sentencias . Aunque esta afirmaci n es objeto de diversas interpretaciones, a veces negativas, esta disposici n facilita la ejecuci n del laudo.[29]

## VI | Conclusiones

Los Principios de UNIDROIT constituyen una sistematizaci n de los usos y pr cticas del comercio internacional cuyo car cter no vinculante no va en desmedro de su gran utilidad en la regulaci n del tr fico jur dico internacional.

Los Principios de UNIDROIT se aplican por ser elegidos por las partes; en ausencia de tal elecci n, como instrumento de interpretaci n o como complemento al ordenamiento jur dico elegido.

En Venezuela, los principios acompa ar n al Derecho Material venezolano en la regulaci n del contrato internacional con fundamento en los art culos 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado, 1160 del C digo Civil y 8 de la Ley de Arbitraje Comercial.

La funci n de los Principios de UNIDROIT en las controversias sometidas al arbitraje adquiere especial relevancia, lo que demuestra las regulaciones de la ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL-CNUDMI (Art. 28) y el Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estatutos y Nacionales de otros Estados (Art. 42), as como la amplia jurisprudencia.

---

[29] Carla V. Resende, *La ejecución de laudos arbitrales extranjeros*. Estudio comparado, trabajo nal de grado en la Maestr a de Derecho Internacional Privado y Comparado, aprobado con menci n excelente y publicaci n, 2.003, pp. 106-114.

## Compiladores:

- **Febres Fajardo Carlos E.**
  Sociólogo, Profesor de pre y postgrado de la Facultad de Economía de la Universidad Central de Venezuela. Doctor en ciencias Sociales. Consultor del Banco Interamericano de Desarrollo y de la Organización Internacional del Trabajo.

- **Albornoz Oliver Jorge**
  Abogado en ejercicio. Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Los Andes, Venezuela. Miembro de Número del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI) con sede en Madrid.

- **Apolinar Rojas, Pedro O.**
  Profesor de la Universidad de Los Andes (Venezuela). Miembro Asociado del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

- **Mujica B. Francisco E.**
  Profesor de la Universidad de Los Andes, Venezuela. Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

## Autores:

- **Fernández Rozas, José Carlos**
  Catedrático y Vicedecano de Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Director del Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Redactor Jefe de la Revista de la Corte Española de Arbitraje. Autor de quince monografías y de más de un centenar de artículos científicos. Árbitro internacional en la CCI, CIADI, Corte Española de arbitraje y en arbitrajes ad hoc.

- **Franco Da Fonseca, José Roberto**
  Profesor de la Universidad de Sao Paulo (Brasil). Catedrático de la Universidad Moderna de Lisboa (Portugal). Miembro Brasileño del Colegio de Árbitros de MERCOSUR. Procurador de Justicia del Ministerio Público de Estado de Sao Paulo (Brasil). Autor de una considerable obra de Derecho Internacional Privado, publicada en varias lenguas.

- **Hernández-Breton, Eugenio**
  Profesor de las universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Monte Ávila, Venezuela. Profesor invitado por la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Premio de Investigación Fundación de la Procuraduría General de la República. Presidente del Comité Venezolano de Arbitraje.

- **Maekelt, Tatiana B.**
  Profesora de la Universidad Central de Venezuela. Ex-subsecretaria de Asuntos Jurídicos de la OEA. Miembro de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Profesora de Institutos y Universidades extranjeras. Autora de múltiples obras jurídicas.

- Sánchez Lorenzo, Sixto. Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada. Profesor visitante en las Universidades de Angers, Paris II, La Habana, San Petersburgo y Complutense de Madrid. Asociado del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Autor de múltiples trabajos sobre Derecho internacional Privado, Derecho comunitario europeo, Derecho del comercio internacional y Derecho comparado.

- **Troconis Villarreal Moisés**
  Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes. Venezuela. Ex magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Magistrado-Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Quito, Ecuador).

- **Uriondo de Martinoli, Amalia**
  Profesora de las universidades de Córdoba y Empresarial Siglo XXI. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Argentina. Asociada del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI)

# índice


7 | Ep grafe

9 | Presentaci n

## Derecho Internacional Privado

21 | Introducci n al estudio de la soluci n jurisdiccional de las controversias en la comunidad andina
**Moisés Trocconis Villarreal**

58 | La unificaci n del Derecho Comercial Internacional
**Sixto Sánchez Lorenzo**

100 | La cooperaci n judicial internacional y el orden p blico en la jurisprudencia argentina
**Amalia Uriondo de Martinoli**

127 | En materia de calificaciones, reenv o y otros asuntos de Derecho Internacional Privado
**Eugenio Hernández-Breton**

151 | El C digo de Napole n y su influencia en Am rica Latina: Reflexiones a prop sito del segundo centenario
**José Carlos Fernández Rozas**

191 | Considera es cr ticas sobre alguns temas de Dereito Internacional Privado
**José Roberto Franco Da Fonseca**

207 | Aplicaci n pr ctica de los principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado
**Tatiana B. Maekelt**

221 | Compiladores y autores